

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O NEOCONSTITUCIONALISMO SUPERANDO O POSITIVISMO JURÍDICO COMO
FORMA DE EFETIVAÇÃO DE DIREITO: UM PRISMA SOB O USO DA PROVA
ILÍCITA E O DIREITO DE INTIMIDADE DO ACUSADO**

Amanda Eduarda Pereira de Melo

Presidente Prudente/SP
2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O NEOCONSTITUCIONALISMO SUPERANDO O POSITIVISMO JURÍDICO COMO
FORMA DE EFETIVAÇÃO DE DIREITO: UM PRISMA SOB O USO DA PROVA
ILÍCITA E O DIREITO DE INTIMIDADE DO ACUSADO**

Amanda Eduarda Pereira de Melo

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Marcelo Agamenon Goes de Souza.

Presidente Prudente/SP
2017

**O NEOCONSTITUCIONALISMO SUPERANDO O POSITIVISMO JURÍDICO COMO
FORMA DE EFETIVAÇÃO DE DIREITO: UM PRISMA SOB O USO DA PROVA
ILÍCITA E O DIREITO DE INTIMIDADE DO ACUSADO**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Marcelo Agamenon Goes de Souza
Orientador

Florestan Rodrigo do Prado
Examinador 1

Marcus Vinicius Feltrim Aquotti
Examinador 2

Presidente Prudente/SP, ____ de _____ de 2017.

Que todos os nossos esforços estejam sempre focados no desafio à impossibilidade. Todas as grandes conquistas humanas vieram daquilo que parecia impossível.

Charles Chaplin

Dedico o presente estudo a todos aqueles que acreditaram em mim e no sonho que isso representa. Em especial, gostaria de dedicar a todos os leitores, que, porventura, tiverem acesso ao estudo desenvolvido.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer a Deus pelo suporte e pelo dom da vida. Agradece-lo por até aqui ter me sustentado, pois sem o seu amor e graça, eu nada seria. De fato, estar chegando ao fim de mais uma etapa, é vislumbrar um sonho se realizando.

Agradeço a minha família pelo apoio, em especial a minha mãe, que a cada termo vencido se demonstra mais atenciosa, me proporcionando o maior conforto possível no que se refere à vida acadêmica.

Agradeço a todos aqueles que acreditaram no meu sonho, desde o primeiro ano, no apoio e na força atribuídos que são indispensáveis, principalmente, naqueles dias difíceis.

Gostaria de expor, ainda, a minha gratidão a todos aqueles que com maestria desenvolveram o seu papel de Professor contribuindo para a minha maturidade jurídica. De fato, eu nada seria se não fossem todas as aulas presenciadas, ao longo desses quatro anos.

Em especial agradecer ao professor Daniel Colnago, que por meio das aulas ministradas e de todas as indicações de obras, me levou à reflexão jurídica que resultou na tese defendida no presente estudo.

Agradeço também aos professores Florestan Rodrigo do Prado e Marcus Vinicius Feltrim Aquotti, por terem aceitado figurar como examinador do presente trabalho, contribuindo ainda mais com a minha formação, visando o sucesso do estudo, bem como pela disponibilidade de tempo conferido para prestigiar o trabalho.

Por fim, gostaria de agradecer ao meu orientador, o Professor Marcelo Agamenon, que abraçou o projeto, sem a sua confiança eu não teria alcançado o êxito do trabalho. Agradecer ainda pelo apoio nas apresentações, pelo incentivo em continuar e melhorar cada vez mais. Obrigada!

Resta ainda o último agradecimento, direcionado a Faculdade Toledo, pela competência de ensino, por formar profissionais com uma sensibilidade humana indescritível. Sou feliz por fazer parte disso.

RESUMO

O presente trabalho consiste na apresentação de uma nova dogmática apresentada, no intento de normatizar a Constituição. O neoconstitucionalismo surge como proposta inovadora de uma nova teoria do direito que, se pauta na efetivação de direitos, o verdadeiro enfoque do presente estudo. Contudo, como se mostra de forma contrária aos parâmetros do atual sistema jurídico, denominado, de positivismo jurídico, as críticas são, deveras, atenuantes. A pesquisa busca estabelecer as críticas da doutrina, mas também encontrar argumentos, sustentáveis, para refuta-las. Retoma-se ainda a antiga polêmica entre direito e moral, nos quais se demonstram como pilares do novo paradigma, bem como o estudo das técnicas de interpretação e ponderação, que, se mostram, indispensáveis para o exercício da interpretação e da colisão entre os direitos fundamentais. Por fim, analisaremos todo o conteúdo estudado para legitimar o uso da prova ilícita, quando o ordenamento se deparar com violações de direitos fundamentais. Repise-se que o trabalho prima pela efetivação e pela eficácia do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo. Ponderação. Efetivação de Direitos. Direito Fundamental. Prova Ilícita.

ABSTRACT

This assignment consists on the presentation of a new dogmatic presented as an attempt to normatize the Constitution. The Neoconstitucionalism comes up as a inovative proposal of a new law theory that, prompts itself on rights efectivation, the real focus on the present study. Yet, shows itself contrary to the actual legal system parameters, denominated positivism, the critics are plenty extenuating. The following research tries to stablish the doctrine's critics, but also look for coherent arguments to refute them. Yet resumes the old controversy between right and moral, those that show themselves as the pillars of the new paradigm, as well as the studies of ponderation and interpretation, that, are undispensable to the exercice of interpretation and colision between fundamental rights. Lastly, we will analyze the whole studied content to legitimate the use of legal proof when the legal order faces a fundamental rights violation. Strengthens that this assignment focus on the law efficiency and efectivation.

KEYWORDS: Neo-constitutionalism. Weighting. Realization of Rights. Fundamental Rights. Illicit Evidence.

SUMÁRIO

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 8 |
| 2 | O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO NOVA PERSPECTIVA DE DIREITO | 11 |
| 2.1 | O Constitucionalismo Garantista | 12 |
| 2.2 | A incompletude do Ordenamento Jurídico | 16 |
| 2.3 | O Surgimento do Neoconstitucionalismo | 21 |
| 2.4 | O Neoconstitucionalismo Superando o Positivismo Jurídico | 25 |
| 2.4.1 | O neopositivismo | 32 |
| 2.5 | Conceito de Neoconstitucionalismo | 33 |
| 2.5.1 | Definição ideológica | 35 |
| 2.5.2 | Definição terminológica | 38 |
| 2.6 | O Neoconstitucionalismo no Direito Comparado | 40 |
| 2.7 | A Moralidade do Direito Como Objeto de Crítica do Instituto | 44 |
| 3 | A DISFUNÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL EM RAZÃO DO CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA | 55 |
| 3.1 | O Protagonismo do Judiciário | 57 |
| 3.2 | O Pan-Principiologismo | 61 |
| 4 | A SUPREMACIA DOS PRINCÍPIOS REESTRUTURANDO O SISTEMA | 64 |
| 4.1 | Técnica da Ponderação: Proporcionalidade e Razoabilidade | 67 |
| 4.1.1 | As submáximas da proporcionalidade | 72 |
| 4.2 | A Heterointegração da Norma Jurídica Como Critério Intersubjetivo | 75 |
| 4.3 | O Conflito Entre os Direitos Fundamentais | 77 |
| 5 | O INSTITUTO COMO FUNDAMENTO LEGITIMADOR DO USO DA PROVA ILÍCITA SOB A VERTENTE DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS | 80 |
| 5.1 | Direito de Intimidade do Acusado | 84 |
| 5.2 | Os Parâmetros de Justiça Pautado nos ditames da Segurança Social | 85 |
| 6 | CONCLUSÃO | 88 |
| | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 92 |

1 INTRODUÇÃO

Fato é: o tema é altamente criticado. Aprofundando sobre o tema encontraremos várias pesquisas, artigos, livros, tese de conclusão de curso tratando do assunto, mas na sua maioria, o posicionamento adotado é o repúdio contra qualquer dogmática que apresente uma filosofia diversa daquela trazida pelo positivismo jurídico.

É certo que, refutar todas as críticas apontadas pela doutrina contrária é um grande desafio, mas como a própria proposta do neoconstitucionalismo é justamente uma interpretação que se encaixe aos moldes da sociedade atual, respeitando os limites trazidos pela constituição, adoto, desde logo, uma interpretação legitimada pela Carta Magna, na busca de propor respostas às críticas mais ferrenhas que serão apresentadas ao longo da pesquisa, no intento de demonstrar que essa filosofia é a que a sociedade tanto clama, pois atenderia a segurança jurídica, tanto quanto a social.

Inicialmente, pode ser observado que a razão principal das críticas adotadas se dá em virtude da evolução histórica. A Constituição de 1988, com toda a gama de direitos e princípios, instituída após uma era de ditadura, imposições e violações de direitos fundamentais, se apresenta como uma constituição inovadora.

No entanto, uma Constituição garantista/positivista, onipotente e previsível fora enraizada de tal forma na interpretação do ordenamento jurídico que qualquer sistema que apresente medidas capazes de quebrar os paradigmas por ela imposta, logo se apresenta como ameaça contra a segurança jurídica proposta pelo próprio ordenamento.

O caráter normativo da Constituição possui sua importância dentro do sistema, mas atribuir a inerência da normatização à segurança jurídica do ordenamento, desprezando a realidade social e os mais diversos fenômenos que nos é apresentado, não me parece razoável. Inobstante, a doutrina crítica não apresenta nenhum parâmetro que sirva de aporte para essa realidade, ou seja, o que interessa é a “segurança jurídica” teorizada.

A principal motivação acerca do tema, foi se deparar com o posicionamento crítico que demonstra a desconsideração em relação aos demais ramos do direito em decorrência de uma filosofia amplamente legalista que, por sua vez, demonstra uma preocupação maior com a formalidade jurídica do que com a

eficácia idealizada pela regra, que na sua concepção tem o intento de prover a finalidade de dever ser, e partindo do que estatui o garantismo é certo que sobra formalidade e falta efetivação de direito, tendo em vista que o conjunto de normas positivadas, por muitas vezes, impedem o acesso à justiça, e justiça confere a sua aplicabilidade no sentido literal da palavra.

Para se falar em efetivação de direito, constata-se que esta, está voltada hoje, há uma ponderação de valores e essa ponderação está implicitamente consagrada na decisão que profere um julgamento judicial, ou seja, nas mãos do intérprete enquanto julgador do litígio.

Não admitir que o julgador, enquanto representante do Estado realize a ponderação necessária com o fim de garantir direitos altamente tutelados pelo Ordenamento Jurídico soa um tanto quanto incoerente com a finalidade da sua função, pois seria um desprestígio considerar que a ponderação do julgador estaria condicionada a uma carga de subjetivismo, posto que, no outro extremo fica demonstrada a presença da eficácia da norma em razão dessa ponderação.

Eis que surge uma indagação frente às críticas contrárias ao instituto: O caráter normativo da Constituição preceitua o garantismo constitucional somado à segurança jurídica como ideologia primordial em detrimento à eficácia e efetivação da norma proposta, não admitindo sequer ponderação de valores? Pela lógica juspositivista, sim, então, outra indagação a ser levantada é: Para o que serve o Direito? Me parece que propor um arcabouço normativo somente para estruturar um direito ilusório que beira a utopia chega a ser uma falácia jurídica.

O instituto ora apresentado tem o intento de promover a supremacia da Constituição, tornando o sistema capaz de sanar os anseios sociais, redescobrimo a interpretação da norma diante da realidade social envolvida na questão fática.

A busca se pauta na interpretação adequada ao caso concreto, levando em conta as suas particularidades e mesmo que isso seja objeto de crítica, que se apresenta por meio de uma Justiça Geral com características de Justiça Particular poderia se fundamentar no direito de acesso à justiça, visto que se a Constituição preceitua tal acesso como direito fundamental, implicitamente, sugere que, a justiça distribuída seja capaz de se adequar aos moldes da situação concreta.

Importante ressaltar que essa condição não estaria amparada por um ativismo judicial desenfreado, pois é perfeitamente possível a limitação de critérios intersubjetivos para regular a questão e enaltecer um constitucionalismo

argumentativo e principialista, concedendo a real efetivação de segurança jurídica abordando os dois critérios ideológicos, ou seja, a segurança do ordenamento jurídico e a segurança social pretendida.

A proposta da presente pesquisa é demonstrar a necessidade de se desvencilhar do constitucionalismo garantista, uma vez que este, não mais garante a eficácia dos direitos fundamentais, visto que, o formalismo jurídico, bem como a interpretação arcaica do texto legal é deveras ultrapassado quando comparado com a evolução social atual. Portanto, desconsiderar o quadro social atual seria desvalorizar o postulado normativo da dignidade da pessoa humana, que rege o nosso Estado Democrático de Direito.

Ademais a confrontação entre normas e princípios se fará necessária para o estudo da ponderação na busca do ideal, do justo. Evidenciando que esse é o dogma ideal para a consolidação de uma Constituição viva e eficaz. E ao final de toda essa estrutura, demonstrar a possibilidade da admissibilidade de uma prova ilícita quando o direito não mais apresentar pressuposição legal para efetivar um direito fundamental. O propósito é efetivar direitos e para isso encontrar parâmetros argumentativos legais que, sustente o uso de uma prova originariamente ilícita, ou derivada de ilicitude.

Quanto à metodologia, será utilizado o método dedutivo, partindo de análises de aspectos gerais acerca do tema, envolvendo diversas esferas do Direito, como o Direito Constitucional, Direito Processual Penal, Direito Penal, bem como os Princípios norteadores do Direito, buscando atingir o ponto específico do tema.

Aplicando as normas existentes dos referidos campos do direito, bem como interpretações diferentes do que se apregoa o constitucionalismo positivista, com o escopo de efetivar direitos e garantias fundamentais. Para tanto, serão utilizados como recursos, consultas bibliográficas, pesquisa doutrinária, análise de jurisprudências e dados científicos.

2 O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO NOVA PERSPECTIVA DE DIREITO

Tratar de um assunto que é tão alvo de críticas pela doutrina brasileira, é adentrar em uma ceara complexa. Tratar do assunto como nova teoria do direito é um tanto quanto desafiador.

Muito embora a crescente crítica acerca do instituto, que serão esmiuçadas ao longo do trabalho, cumpre ressaltar que a dogmática tem como intento primordial, a efetivação do direito que se pauta na efetivação da norma positivada.

A princípio, o instituto não possui uma teoria imutável, e sim, se pauta em um conjunto de pressuposições que qualificam o direito regulado pela força normativa da Constituição. Compreensão que para os Estados que adotam uma constituição amparada no sistema *civil law*, retrata uma transformação de paradigma que, acaba por refletir nos diversos ramos do direito, tendo em vista a mudança substancial, ora apresentada.

Ademais, o propósito ainda se traça em desmistificar as principais críticas contra essa nova vertente de interpretação constitucional, reitera-se: é o principal objetivo do presente trabalho, assim como apresentar os parâmetros balizadores que, sustentam a dogmática de forma plausível, de tal forma, que, as críticas são, absolutamente, refutadas.

Buscando sintetizar a ideia, desde a sua concepção até a apresentação dos critérios que buscam legitimar a nova ideologia, faz se necessário, tratar da história do Constitucionalismo, bem como os aspectos inerentes a ele, avançando para a análise do instituto, denominado: Neoconstitucionalismo.

Alguns debates que circundam o tema, tais como: a perda da hegemonia da lei como fonte de direito. Presença de enunciados abertos. – Princípios constitucionais – Influência da moral no direito (outrora superada). Aplicação direta da constituição. Ponderação de valores. Violação da separação dos poderes. Falta de segurança jurídica causada pelo instituto. E todas as demais críticas, serão pontuadas de forma pormenorizada, tendo em vista que cada tópico enseja numa acrítica acentuada, mas que em verdade, forma-se a própria estrutura do instituto.

Inobstante, todos os fatores acima mencionados são percebidos por um viés, altamente, negativo, sem observar, contudo, os aspectos práticos positivos

e necessários para o ideal almejado por cada regra instituída no ordenamento, especialmente, dentro da Constituição, que além de uma condição do direito como “ser”, propõe ainda, o “dever ser”, que, para o instituto é tratado com maior relevância.

Negar que o direito não pode buscar mecanismos que pressupõe soluções mais justas que, se adequem aos parâmetros de justiça, almejados num contexto social, ainda que tais mecanismos se afastem de um resultado padrão pré-definido, ao passo que, estas, se mostrarem inadequadas para o caso em concreto; que em verdade, não traz efetivação alguma da garantia proposta pelo direito que fora violado, é um tanto quanto irracional.

No entanto, a proposta do neoconstitucionalismo como nova perspectiva de direito, possui limitações que serão traçadas ao longo do estudo, uma vez que para se admitir que esta, realmente, se apresente como nova perspectiva faz-se necessária à imposição de limites que atuarão como critérios balizadores, no intento de impedir exageros e abusos cometidos pelo juiz, enquanto julgador, em nome de uma prática neoconstitucionalista sem subsídios plausíveis para tal. Ocasão em que a crítica ganha espaço e a inadmissão para com o instituto também.

No entanto, manifesta é a dinamicidade e flexibilidade que o instituto vem a aclarar dentro do ordenamento jurídico, no âmbito de violações de direitos de maiores repercussões que merecem a efetivação valorada pela norma. Nesse ínterim, as demonstrações de capacidade argumentativa e de conhecimento da teoria da norma são de extrema necessidade para a condução da efetivação do direito, para que não abra margem para o “oba-oba principiológico”, termo esse utilizado pelo professor Lenio Streck (2014, p. 48-55).

A busca na legitimação do instituto, e a demonstração deste como perspectiva de direito percorre o presente capítulo, bem como os que o sucedem.

2.1 O Constitucionalismo Garantista

Quando se fala em constitucionalismo, de imediato exsurge alguns dos ideais propostos na sua implementação. Ideais nos quais se tornaram os principais objetivos trazidos por ela, quais sejam: (a) A supremacia da Lei; (b) A limitação do

poder; (c) A proteção e garantia dos direitos fundamentais. Conjunto que pode ser direcionado ao que hoje, se intitula de: Estado Democrático de Direito.

No entanto, convém mencionar, de maneira breve, porém relevante, o momento histórico vivenciado com o advento da Constituição de 1988, haja vista ser um momento de bastante relevância para a história do Direito.

O Constitucionalismo tem por base o nascedouro da Constituição Americana e da Constituição Francesa, que trazia em sua ideologia a ideia de um contrato social que se obrigasse a proteger e garantir os direitos do homem, que foram reconhecidos como natural e anteriores à sociedade, contra todo e qualquer arbítrio.

No Brasil a Constituição de 1988, é caracterizada por uma constituição pós-guerra, que surge como um transformador altamente garantista, visto que supera a Constituição de 1967, conhecida por institucionalizar e regulamentar o regime militar no país, que deu origem a uma hierarquia constitucional centralizadora e autoritária.

A Constituição de 1988 se apresenta como lei fundamental e suprema, ocupando o topo do ordenamento jurídico, assegurando diversas garantias fundamentais, primando pela maior efetividade dos direitos fundamentais. Considerada a maior carta de direitos da história, a constituição de 1988, é inovadora e garantista.

Inobstante, traz consigo um positivismo jurídico enraizado, haja vista que se propõe como Constituição rígida. Luigi Ferrajoli (2012, p.22) apresenta esse garantismo sob três perspectivas. São elas: (a) modelo ou tipo de sistema jurídico; (b) teoria do direito; (c) filosofia política. As referidas modalidades direcionam a uma teoria democrática, substancial e formal, que, conduz o constitucionalismo a um projeto normativo construído, obrigatoriamente, por meio de políticas e leis de atuação.

Observando com afincio cada uma das modalidades apresentadas, não encontramos qualquer relação entre direito e moral. Contrariamente, reforça a dissociação entre os dois institutos, uma vez que essa dissociação implica no princípio da legalidade.

Por conseguinte, traz a garantia de que o magistrado ficará submetido somente ao texto legal, ao que é considerado como direito válido e justo. Se

aproximando da ideologia do liberalismo político¹ que, defende que para a garantia das liberdades fundamentais é necessário a rejeição de qualquer amparo moral frente ao direito.

Vale ressaltar que, de acordo com a doutrina juspositivista, o positivismo jurídico encarava o direito como fato, ou seja, um conjunto de fatos sociais semelhantes ao direito natural que implica na abstenção de qualquer juízo de valor na sua interpretação. Segundo Norberto Bobbio, (1995, p. 131) para os juspositivistas, “o direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor”. Tal premissa prescinde a teoria do formalismo jurídico, voltado à teoria da legislação como fonte preeminente do direito.

Observa-se que o constitucionalismo, embora, transformador e inovador para a ciência do direito, se apresenta como um paradigma absoluto. Absolutismo esse que, tanto ganhou força dentro do ordenamento, que, até hoje, (como veremos mais afrente) é difícil contesta-lo, pois, o paradigma apresentado recai no que, atualmente, é mais primado pelo ordenamento. A segurança jurídica.

Posto isto, a Constituição de 1988, nos traz uma proposta de um ordenamento garantista marcado pela sua completude, que nos propõe a ideia de um direito positivado, capaz de prever e regular toda e qualquer relação fática que envolva um conflito de interesses, e, conseqüentemente, prevê a solução do mesmo.

Nota-se que a ideia primordial dessa conjectura é garantir que o Direito está preparado para resolver qualquer situação conflituosa, dada à onisciência do sistema, não admitindo, portanto, qualquer inferência que não estivesse prevista em lei.

Tal complementariedade do sistema pode ser observado pelo que dispõe o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal ao garantir que, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Demonstrando a obrigatoriedade do Juiz em julgar todos os casos sem abstenção.

Assenta-se que, a máxima da completude é um dos aspectos que sustentam a constituição garantista, pois, visa que o Direito Estatal, regule todas as situações da vida que interesse o direito e que mereça tal proteção. Viés esse altamente positivista, pois a ideia é justamente essa, tratar o direito como ciência

¹ Filosofia política fundada no igualitarismo.

exata, como fato, impedindo qualquer relação que, implicasse num juízo de valor, com o intento de afastar, desde logo, qualquer inferência subjetiva do intérprete.

Portanto, implanta a supremacia da lei como fonte do direito, condicionando, novamente, o magistrado a se ater às normas jurídicas do sistema em seus julgamentos judiciais.

Para Norberto Bobbio (2011, p. 120) significaria dizer que o Código serve ao Juiz como prontuário no qual no exercício da profissão não poderia se abster, no entanto, pragmaticamente falando, o prontuário não passa de um catálogo meramente ideológico e simbolista.

Inobstante, há que se considerar que, a sociedade vive em constante mutação, a realidade social é o que move as relações jurídicas entre os indivíduos. Partindo do pressuposto de que as normas regulamentadoras servem justamente para regular a vida em sociedade e que, a cada dia está sujeita a situações que inovam o sistema, estaríamos mesmo diante de um sistema totalmente previsível? Melhor elucidando, estamos diante de uma Constituição altamente regulatória?

É bem verdade, que o nosso ordenamento é composto por um arcabouço de normas regulamentadoras, mas ainda assim com a realidade social se demonstra insuficientes e inadequadas para dirimir litígios que fogem da realidade proposta pelo Código, há se considerar, por exemplo, as antinomias, a título de demonstração.

O Constitucionalismo garantista quando introduzido trouxe uma acepção de uma constituição ideal que tudo prevê, e diante de uma visão crítica, tal garantia beira a utopia, pois nunca foi e nunca será possível prever todas as relações existentes na vida em sociedade. Portanto, é preciso se desvencilhar dessa conjectura garantista que tudo prevê, mas em contrapartida, falha na efetivação dos direitos e garantias, principalmente, quando nos deparamos diante de uma eficácia falha no âmbito dos direitos fundamentais.

A questão que recai aqui é: O que justifica um arcabouço de normas positivadas abarrotando o sistema jurídico, concedido por uma constituição garantista, se quando ofertada a oportunidade de garantir tal efetivação àquele que tem o seu direito preterido, não prospera? A eficácia almejada é propriamente a eficácia proposta pela norma.

Conclui-se que, a Constituição de 1988 tem uma importância fundamental na história, mas trazendo essa concepção positivista/garantista para a

evolução histórica, desde a sua concepção até os dias atuais, é bem verdade que o modelo de constitucionalismo, outrora apresentado, não atende os reclames da sociedade no que se refere à eficácia da norma, pois está pautada nos ditames da lei, que como fora mencionada, é falha.

Ignorar essa realidade em razão da história e do modelo tradicionalista que supervaloriza a segurança jurídica do ordenamento. - e aqui eu abro um parêntese, pois estamos falando de qual segurança jurídica? Aquela que obedece ao texto positivado pela lei, ou àquela que garante eficácia daquilo que prevê? – Evidencia-se que, há um conflito até no que se refere à segurança jurídica do ordenamento, pois a indagação é: Essa segurança é voltada para quem? A segurança pautada unicamente no ordenamento jurídico nos remete a uma insegurança social muito mais gravosa e que merece ser observada. – Objeto de estudo do presente trabalho que será abordada no momento oportuno.

2.2 A incompletude do Ordenamento Jurídico

A incompletude do ordenamento jurídico pode ser representada pelas lacunas que o sistema apresenta, visto que admitindo as lacunas, não há que se falar em completude do ordenamento jurídico, ou seja, a principal característica do constitucionalismo garantista que tratava de um catálogo, amplamente, previsível se demonstra insuficiente diante dos mais diversos fenômenos sociais.

Tal fenômeno é marcado pelo desenvolvimento do marxismo e da sociologia positivista, ciências sociais presentes no século XX, que apresentam críticas contra o monismo estatal, em virtude das demais fontes do Direito, suscitando o problema de insuficiência da lei.

Ademais, teríamos a Sociologia que culminaria contra o dogma da completude do ordenamento jurídico ao evidenciarmos a sua tendência voltada *pró societá*. A sociologia é a ciência responsável por corroborar na importância da sociedade em relação ao Estado, portanto há divergência entre o direito constituído e a realidade social, isto porque o direito não acompanha com a mesma impetuosidade as mudanças que ocorrem no meio social.

Que o Direito é um fenômeno social e não apenas do Estado é inegável, a sociologia comprova com fundamentos contundentes essa premissa, e partindo dessa pressuposição, o intérprete, a partir do estudo social e da

dinamicidade das relações entre os indivíduos em sociedade, deve, portanto, extrair da norma o bem jurídico que se adeque às novas necessidades.

Assim, Norberto Bobbio (2011, p. 125), evidenciou com sabedoria ao relatar que, *'O direito é algo demasiado complexo e mutável'*.

Admitindo a mutabilidade do direito e todos os fatores sociais relevantes, o nosso ordenamento jurídico é incompleto, sendo necessário admitir as demais fontes do direito, no qual o próprio ordenamento se socorre.

Pertinente se apresenta a interpretação finalista dada pela filosofia moderna como forma de metodologia jurídica, pois revela a realidade social e apresenta parâmetros que sustentam a admissão da incompletude do ordenamento jurídico como postulados normativos, pois inicia reconhecendo que o direito não está todo contido em lei, posteriormente, assenta em dizer que o sistema jurídico se apresenta de forma incompleta e aberta, haja vista que admite as lacunas internas e aceita ajuda que ultrapassa os limites da legalidade.

Por fim, assevera que a utilidade da lei surge a partir da sua correspondência com a finalidade do direito, ou seja, não está atrelada com a vontade do legislador.

Os parâmetros ora apresentados pela filosofia, como postulados normativos nos remete a ideia de normas metódicas que servem de estrutura na aplicação e viabilização das regras e princípios, surge como deveres estruturantes na aplicação da promoção de um fim.

Bem sabido é a definição dada acerca da diferenciação entre regras, princípios e postulados normativos, como bem nos ensina Humberto Ávila (2004, p.89):

Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados.

Observa-se que os postulados instituídos pela interpretação finalista da regra, nos propõe a prática do raciocínio e argumentação frente às normas que, na

sua gênese, traz uma prescrição de comportamento. Possibilitando ao intérprete, liberdade no seu livre convencimento na resolução de um conflito e na busca do justo por meio de uma interpretação objetiva. Permitindo que o julgador se desvincule da norma instituída que levaria a uma interpretação injusta porque estaria seguindo um protocolo falho.

A vasta autonomia do intérprete estaria condicionada ao que é denominado de *ratio legis*, ou seja, o fundamento racional emanado da lei, aplicado de acordo com a subjetividade de cada julgador diante de um fato concreto. Desde que, observado o legítimo fundamento de efetividade da norma julgasse de acordo com as exigências sociais, se desvencilhando do dogma de buscar a interpretação do legislador, no momento, que positivou o texto legal no ordenamento.

Outrossim, estamos diante do que Luís Roberto Barroso (1999, p. 144) convém aludir de interpretação evolutiva.

Miguel Reale apud Barroso (1999, p. 144) relata, “As normas, valem em razão da realidade de que participam, adquirindo novos sentidos ou significados, mesmo quando mantidas inalteradas as suas estruturas formais”.

Diante de tal veracidade comprovada pelas alegações, ora apresentadas, chegamos a um ponto determinante que respalda e estrutura a proposta qualificada de Neoconstitucionalismo.

Uma das críticas mais acentuadas contra a dogmática, inclusive, posicionamento defendido pelo ilustre juspositivista crítico, Luigi Ferrajoli, (2010, p. 113) seria o enfraquecimento do caráter vinculante das normas constitucionais, mesmo revestida de rigidez, corroborando, portanto, num colapso da normatividade e uma degradação dos direitos fundamentais, ora sugeridos. Traz ainda como proposta a interpretação pautada em legislação ordinária, imposta com o fim de evitar as antinomias e a correção das lacunas com leis idôneas de atuação.

Conquanto, a questão recai mais uma vez, na consideração que o direito pode ser completo de tal sorte que preveja todas as situações fáticas possíveis em sociedade. Contudo, já superamos essa ideia, dada a complexidade da relação humana. Não há necessidade de abarrotar ainda mais o ordenamento jurídico, haja vista que o nosso modelo de constituição trata-se de uma constituição altamente regulatória.

A solução adequada é a admissão de uma interpretação lógica, racional, e justa da norma já existente. Inovar na interpretação das normas no

mesmo compasso da evolução social, apresentada no momento do julgamento, alcançando com isso alto nível de satisfação e eficácia da proteção concedida ao direito tutelado.

Não é de bom tom, considerar uma decisão judicial proferida por meio do representante estatal, dotada de irracionalismo e subjetivismo, impedindo a amplitude do seu livre convencimento motivado quando a norma se apresenta arcaica na efetivação da norma, visto que, alcançada a efetivação e concessão do direito tutelado alcançou-se o que fora pretendido pela lei quando fora editada.

Tratar como conflito, o embate entre efetividade da norma e a segurança jurídica, em razão de um constitucionalismo garantista, concluindo que, a segurança jurídica deve perdurar em detrimento da efetivação do direito, é o que de fato, seria irracional e imódico, pois, mais uma vez, chegaríamos à mesma indagação: Qual a finalidade do direito proposto? Acreditar que a norma deve ser subsumida pela segurança garantista, seria desqualificar a finalidade do direito e primar por uma segurança voltada aos padrões impostos pelo legislador, sem considerar o que de fato originou a necessidade da positivação, passando então a ter um conjunto de normas totalmente idealizado e uma efetivação ilusória.

Suplantamos, portanto a ideia da completude do ordenamento jurídico, pois se tratando de um sistema lacunoso não há uma norma regulamentadora presente em todo fenômeno social, logo, o sistema que nos apresenta é incompleto.

Em uma de suas obras, Carnelutti (1946, p.76) apresenta duas lacunas problemáticas, sendo válido tecer um breve comentário. São elas: a lacuna por exuberância, se referindo, pois às antinomias que demonstram a excessividade da norma, tendo o intérprete que suprimir uma em face da outra; e ainda, as lacunas por deficiência que é o oposto da primeira, sendo assim, o intérprete teria que acrescentar uma aplicação de uma norma satisfativa, tendo em vista que o julgador, não pode se abster de um julgamento se pautando na ausência de norma reguladora.

Pois bem, estamos diante de um constitucionalismo garantista marcado pela sua completude - assunto que já foi superado em razão das lacunas apresentadas pelo próprio sistema jurídico oferecido - e que condiciona à interpretação do julgador diante de uma lacuna deficiente.

No mínimo tal divergência é paradoxal, uma vez que uma das críticas mais ferrenhas contra a nova dogmática apresentada pela pesquisa em tela se trata do ativismo judicial.

Observa-se o que dispõe o artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum”. Que interpretação pode se extrair do texto legal, senão a admissibilidade do ativismo interpretativo do julgador? Podemos pressupor que as normas jurídicas positivadas se renovam a cada dia dentro do ordenamento jurídico, uma vez que a realidade social está em constante mutação, o que coibiria o descompasso da norma, seria justamente caminhar com a mesma celeridade que caminha a evolução da sociedade.

Todavia, esse caminho só é possível por meio da interpretação, da argumentação, da subsunção e da ponderação.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz, (2007, p. 171) consagra:

Pode se dizer que não há norma jurídica que não deva sua origem a um fim, um propósito ou um motivo prático, que consistem em produzir, na realidade social, determinados efeitos que são desejados por serem valiosos, justos, convenientes, adequados à subsistência de uma sociedade, oportunos, etc.

Perquirindo as várias espécies de lacunas apresentadas, nos deparamos com as lacunas ideológicas, caracterizada pela carência de critérios válidos que fundamente a aplicação de uma norma e, não necessariamente a falta de uma norma, como pressupõe as lacunas deficientes.

Como bem assinala Norberto Bobbio (2011, p. 137):

Entende-se por ‘lacuna’ também a ausência não de uma solução, qualquer que seja, mas de uma solução satisfatória, ou, em outras palavras, não a ausência de uma norma, mas a ausência de uma norma justa, isto é, daquela norma que gostaríamos que existisse, mas não existe.

Todo e qualquer ordenamento jurídico desde que positivado, traz na sua conjectura a presença das lacunas ideológicas. No entanto, as lacunas ideológicas não se pautam somente naquilo que o ordenamento deveria ser e não é, pois se faz necessário mencionar que, essa mesma lacuna ideológica presente no sistema, se apresenta no ordenamento legislativo, isto é, na interpretação aplicada ao que a lei diz, e, aquilo que deveria dizer.

Destarte, tempestivo versar acerca da magnitude do Neoconstitucionalismo, que como proposta inovadora de uma nova dogmática, traz consigo a possibilidade de preencher as aberturas de que tratam a ideologia do que deveria ser o ordenamento, frisando sempre não a utopia da perfeição, mas sim a busca incessante na concessão da efetividade da norma primando sempre pelo justo.

2.3 O Surgimento do Neoconstitucionalismo

Faz-se necessário mencionar que, a abordagem acerca do tema não trata de um surgimento do novo, desvinculado do constitucionalismo garantista, e sim, uma continuidade deste que, se apresenta com um sistema de princípios e regras, voltados à realidade social, buscando a concretização da Constituição, ora já estabelecida, ou seja, a normatização da Constituição.

A partir da 2ª Guerra Mundial, dá-se a necessidade de superar o Constitucionalismo, no que se refere ao seu caráter liberal. Não obstante, se dirige em busca de um constitucionalismo compromissário que ultrapassasse as barreiras da positividade e que seguisse para o âmbito de concretização, ou seja, que possibilitasse a efetivação de um regime democrático efetivo, visto que essa era a intenção.

Um marco na história do Estado Moderno pode ser apontado para a Revolução Francesa, que, ocorreu com a queda da Bastilha em 1789. A partir daí a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, trouxe uma nova ideologia pautada na Constituição que, trazia além da separação dos poderes, os direitos fundamentais.

Percebe-se que, essa nova concepção, traz consigo duas máximas, quais sejam: a limitação jurídica do poder estatal, bem como os direitos fundamentais que fundam a ideia de Constituição, pois como bem menciona o artigo 16 da Declaração do Homem e do Cidadão, se não há esses dois elementos presentes na Constituição, não há que se falar nela.

Num primeiro momento, a nova ideologia de Constituição se assenta na concepção de organização política liberal e garantista, impondo limites ao poder político com o intento de demonstrar que os Estados Liberais eram constitucionais porque tinham Constituição e com isso se diferenciavam dos Estados despóticos.

Com o intento de explicar as transformações ocorridas em razão da Segunda Guerra Mundial que, inovaram, substancialmente, o universo jurídico, adverte Miguel Carbonell (2007, p. 09):

El neoconstitucionalismo desea explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas <materiales> o substantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.²

Nota-se que os modelos de Constituição – trazidos por uma nova ideologia pós-guerra – inovam substancialmente no que se refere à busca do fim idealizado, ou seja, à efetivação dos direitos fundamentais. Uma vez que este se volta à realização do Estado Democrático de Direito. A partir dessa premissa nasce o neoconstitucionalismo.

Luis Roberto Barroso (2006, p. 9) define o neoconstitucionalismo de maneira que melhor se encaixa nos propósitos da nova dogmática, dispondo que:

O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

A normatização da Constituição é fator relevantíssimo na proposta da nova dogmática, que como fora mencionado resulta num processo extenso e profundo de constitucionalização, haja vista que as Constituições eram vistas como cartas de intenções, no qual não serviam de parâmetros para o Judiciário, pois ocupava uma função política norteadora do Parlamento.

² O neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que começam a surgir após a Segunda Guerra Mundial, e, sobretudo a partir dos anos setenta do século XX. Trata-se de Constituições que não se limitam a estabelecer competências ou separar os poderes públicos, mas contêm altos níveis de normas <materiais> que determinam e condicionam a atuação do Estado por meio da ordenação de algumas metas e objetivos. (Tradução livre).

Após a Segunda Guerra Mundial, há uma aproximação de ideais Democráticos e Constitucionais, originando o tão primado Estado Democrático de Direito. A referência desse marco se dá em razão da Constituição Alemã em 1949, como leciona Barroso (2006, p.2), pois após a sua instituição, bem como a criação do Tribunal Constitucional Federal, criado em 1951, dá se início a uma produção teórica e jurisprudencial, de tal forma que origina o Direito Constitucional. Outro marco importante que cria o instituto se dá após a Constituição da Itália, instituída em 1947, que assim como a Alemanha, institui uma Corte Constitucional em 1956. Inobstante, na década de 1970, a redemocratização e reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) contribuem para a discussão sobre a nova dogmática.

Doravante, não há que se falar em Estado de Direito, – nomenclatura usada a partir do século XIX, que se opunha ao Estado Policial, característico do século XVII – uma vez que, os direitos fundamentais são elementos legitimadores que definem todo o ordenamento jurídico, portanto o correto é a nomenclatura que traga essa definição em sua conceituação, qual seja: Estado de Direitos Fundamentais.

O Estado de Direito, por sua vez, não é abandonado por essa nova caracterização, haja vista que este é uma categoria interdependente dos direitos fundamentais.

Ademais, o modelo de Constituição, pós-guerra, traz – ainda que os positivistas críticos não coadunem com tal premissa – uma perspectiva mínima de justiça moral e material, atuando como garantia aos direitos fundamentais.

Nesse Ínterim, nota-se que é de competência da Constituição estabelecer os parâmetros de justiça que, serviram como aporte para a própria teoria de justiça.

O ingresso dos direitos fundamentais nas Constituições Modernas permitem o reconhecimento de uma sociedade supercomplexa, bem como a compreensão do pluralismo jurídico. Ao passo que, preveem valores e expectativas elevadíssimas, que são considerados “utópicos”.

Segundo Luigi Ferrajoli (2002, p.9):

Las constituciones son, por decirlo de alguna manera, utopías de derecho positivo, que aunque jamás serán realizables a la perfección establecen, sin embargo, en cuanto derecho sobre el derecho, las

perspectivas de transformación del derecho mismo em la dirección de la igualdad em los derechos fundamentales.³

A premissa trazida pelo juspositivista é no sentido de que, embora a Constituição traga uma ampla previsão de direitos e garantias para o ordenamento jurídico, elas não podem ser realizadas integralmente, no entanto, as previsões servem para direcionar algumas metas, no sentido de transformar a sociedade.

Afirmativa que, particularmente, rejeito, por isso, a defesa da nova dogmática que, propõe um parâmetro de critérios para que as normas constitucionais alcancem a efetividade almejada. Mas para tanto, é necessário que se admita que a utopia consiste em acreditar que um arcabouço de normas positivadas retratam a realidade social, sendo, portanto, suficiente. Considerando que para alcançar o resultado pretendido, se reflete, inclusive, nos esforços concentrados para que se torne real. A nova dogmática se pauta nesses esforços apresentados como critérios balizadores para uma constituição normativa, com alta carga de efetivação, desde que as concentrações dos esforços se reflitam no papel dos juízes, enquanto julgador.

Nesse sentido, Max Moller (2011, p. 23):

Enquanto o neoconstitucionalismo pode significar um movimento ideológico nascido no âmbito jurídico, que propõe alguns câmbios de atitude na aplicação das normas constitucionais e de alteração do papel dos juízes na formação do direito; também pode ser encontrado o uso do mesmo termo para designar uma concepção jurídica que se propõe como uma nova teoria do direito, capaz de suceder ao positivismo jurídico.

Percebe-se que na definição do instituto trazida pelo autor, já trata da superação do positivismo jurídico, isso porque como visto, pelas considerações já realizadas, bem como pelo posicionamento de Luigi Ferrajoli, (2002, p. 9) o positivismo jurídico se limita na definição do direito como “ser”, não se preocupa com a essência da norma, tampouco com a carga valorativa que expressa. Não obstante, ainda defende a utopia da constituição, como se o que nela estivesse previsto fosse um “faz de conta” que nunca será alcançado, o que torna a tese defendida, inadmissível.

³ As constituições são de certa forma, utopias de direito positivo, que, embora nunca sejam perfeitamente realizáveis, estabelecem, no entanto, como direito sobre a lei, as perspectivas de transformação da própria lei na direção da igualdade nos direitos fundamentais. (tradução livre)

Sintetizando a nova ideologia no Brasil, convém dizer que reconhecendo os regimes autoritários intercalados pelas Constituições anteriores, - a título de menção a Constituição de 1946, bem como a de 1967 e 1969 - antes da segunda metade do século XX, não se conhecia, tampouco, vivia-se um constitucionalismo normativo e reconhecendo que o neoconstitucionalismo é a continuidade deste, o Brasil adentra nessa nova dogmática tardiamente, em relação à Constituição já estabelecida em Estados como a Alemanha, Itália, Europa e Estados Unidos, após à Segunda Guerra Mundial.

Portanto, é com a reconstitucionalização da Constituição Federal, promulgada em 1988, que o Brasil se adequa a nova dogmática de Democracia proposta. Inobstante se torna um marco histórico, visto que, há uma transição entre os regimes autoritários - caracterizados pelos períodos golpistas e ditaduras – e avança diretamente para um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, André Ramos Tavares (2002, p. 112) dispõe:

Em conclusão, muitas e profundas foram as inovações introduzidas pela Constituição de 1988. Houve, a partir dela, uma verdadeira "revolução" no Direito brasileiro, que, por meio de suas instituições, teve de se adaptar ao novo cenário constitucional, reformulando conceitos, substituindo institutos e implementando o novo regime constitucional.

Considerada a maior Carta de Garantias da história, a Constituição de 1988, traz uma proposta de caráter normativo e democrático, que apresenta em uma das suas máximas os direitos fundamentais como cláusulas pétreas, inalienáveis, indiscutíveis e indestrutíveis, esse é o modelo jurídico atual, que na busca do justo, continua inovando em novas dogmáticas para concretizar e efetivar a proteção que a normatividade da regra assegura.

2.4 O Neoconstitucionalismo Superando o Positivismo Jurídico

Tratar do Neoconstitucionalismo como nova teoria do Direito, considerando a transição do modelo jurídico positivista para um modelo de Estado Constitucional, se atendo ainda aos grandes impactos que o instituto traz à ciência jurídica, há que se falar das críticas pontuadas no que concerne à superação do positivismo jurídico.

Uma das indagações da doutrina, e que se pretende responder ao longo do presente tópico, é a seguinte: Estaria o positivismo jurídico sendo superado pelo neoconstitucionalismo?

Passemos, portanto, há algumas considerações pertinentes ao tema: Pois bem, o neoconstitucionalismo altera, substancialmente, os campos fundamentais de funcionamento dos sistemas jurídicos. Uma das inovações podem ser apontadas pela inserção de normas materiais abertas. A estrutura da norma, por meio de sua literalidade, merece uma carga hermenêutica que seja capaz de trazer à tona uma interpretação concentrada em sua gênese, visto que a análise do texto positivado, deverás, é insuficiente para sua interpretação.

Nesse sentido, sabendo que o positivismo jurídico é marcado pela positivação do texto legal que rege a vida em sociedade em sua plenitude, é certo que seria inadmissível admitir que, órgãos diversos do legislativo, atuem na criação de regras, o que se denomina, o protagonismo judiciário. – Crítica altamente incomplacente que será abordada nos capítulos que se sucedem.

É bem sabido que a teoria positivista repousa na segurança jurídica, no entanto, a própria teoria positivista sofreu grandes alterações, portanto, é necessário se valer dessa própria alteração para conflitá-la com o neoconstitucionalismo, com o intento de se chegar há um denominador comum, capaz de demonstrar que as críticas advindas de positivistas, realmente são capazes de solidificar a eficácia almejada de forma satisfatória às necessidades sociais atuais.

Para o positivismo jurídico o direito se resume ao direito positivado, aliás, a própria terminologia demonstra isso, tendo em vista que no seu original advém do termo “positivação”. Inobstante o direito positivo sempre se opôs à ideia de direito natural, notadamente, na relação entre direito e moral, - assunto que também será abordado com mais afinco, no momento oportuno. – pois, defendera que o direito natural para se tornar direito deveria ser positivado, recaindo, portanto, na máxima da positivação.

Para Dorado Porras (2004, p. 23):

[...] parece más certera, al menos del punto de vista histórico, puede llevar a la consideración del positivismo jurídico como aquella denominación bajo la que cabría agrupar todas las teorías que se oponen al iusnaturalismo. Así, mientras que el iusnaturalismo mantiene una tesis dualista en cuanto al concepto de Derecho – al distinguir entre Derecho natural y Derecho

positivo – el positivismo se caracterizaría por defender una tesis monista según la cuál no hay más Derecho que el Derecho positivo.⁴

Portanto, o positivismo jurídico adentra se dissociando da teoria dualista, ou seja, se instituindo de forma autônoma, primando pela segurança jurídica do sistema.

Surge o positivismo jurídico como forma de substituição ao direito natural, submetendo-o a um critério de validade amparado na lei, posteriormente, ocorre a codificação das leis emanadas do legislador, momento em que há a efetivação do positivismo jurídico no ordenamento.

Passa-se vivenciar um momento em que há uma grande influência do positivismo filosófico bem como a busca dos filósofos em fazer do direito uma ciência pura. Viu-se a necessidade compatível com o modelo adotado de um direito puro, bem observado por Hans Kelsen em sua obra, intitulada, A teoria “pura” do Direito (1998, p. 3).

Ademais, se viu a necessidade de toda e qualquer inferência de elementos externos que viessem a se acoplar ao direito, sendo assim, rejeita-se todas as teses jusnaturalistas de direito natural, apontando, portanto, para uma ciência autônoma.

Enraizada uma concepção positivista dentro do ordenamento, somente é reconhecido por direito aquilo que se encontra positivado. No entanto, é válido mencionar que o positivismo não guarda uma relação de subordinação para com o poder legislativo/político, pois defende que embora, o direito seja reconhecido por direito desde que positivado, quem conferiu isso foi uma norma, norma que comporta em um direito anterior à forma política de legitimação de uma norma.

É certo que o positivismo sofreu grandes transformações desde a sua concepção, e que pode ser dividido em algumas teorias, passemos, portanto, a elas, para melhor consolidar a proposta de novo paradigma do direito em razão do neoconstitucionalismo.

O positivismo clássico, aquele que na sua essência determina como deveria se portar os ordenamentos jurídicos, se identifica pela sua forte carga

⁴ Parece mais certo, ao menos do ponto de vista histórico, levar em consideração o positivismo jurídico como aquela denominação que seria possível adequar todas as teorias que se opõe ao direito natural. Assim, enquanto o jusnaturalismo mantém uma tese dualista, quanto à concepção de direito – qual seja, a distinção entre direito natural e direito positivo – o positivismo se caracteriza por defender uma tese monista, segundo o qual não há outro direito além do Direito positivo. (tradução Livre).

ideológica que prima por uma consolidação do direito liberto de um modelo dualista, como previa o modelo jusnaturalista. Abrindo um parêntese, partindo dessa conjectura, o neoconstitucionalismo no momento, em que propõe uma mudança substancial na forma de Constituição empregada, revela um caráter altamente ideológico na propositura da normatização da constituição, utilizando assim uma das bases já previstas pelo positivismo.

Adentrando no modelo positivista moderno, evolui-se para um caráter mais científico, mais descritivo do que ideológico, se propõe às principais teses presentes ainda hoje, quais são elas: a distinção do direito como “ser” e “dever ser”, o direito a partir de sua positivação, a dissociação entre direito e moral, e, por fim, a diferença entre validade jurídica e valor do direito.

Hans Kelsen quando promove a ideia de um direito autônomo, se pauta em uma concepção normativa, onde o critério da norma se volta a um sistema jurídico, ou, ainda a outra norma que hierarquicamente seja anterior ou posterior, recai, portanto, na ideia de justificar um direito independente da moral e da política. (2001, p. 359).

No entanto, o autor, em sua concepção já admitia que a única norma que, não se voltava a nenhum critério de validade, em nenhuma outra norma predisposta, concretizando a teoria “pura” do direito, é a norma fundamental, ou seja, os direitos com caráter fundamental (KELSEN, 1998, p. 139).

Todavia, o questionamento sobre essa concepção do direito em que se firmou o positivismo jurídico é contraditada quando a validade desses direitos é confrontada pela sua eficácia, diante de uma aplicação fática.

Não obstante, a legitimação de um sistema está calcada na constituição, ou seja, todas as normas, hierarquicamente, abaixo desta, deve respeitar todos os parâmetros instituídos para um controle de validade da norma. Sendo assim, para uma norma fundamental regular todo o ordenamento, é necessário que esse ordenamento já exista.

Segundo Luis Fernando Barzotto (1999, p. 69):

Por mais que isso possa discrepar da intenção de Kelsen, é evidente a natureza ético-política da pressuposição da norma fundamental. Isso se evidencia no caso em que um órgão produtor de normas, e não um jurista, a pressupõe. O órgão pressupõe a norma fundamental quando considera a constituição obrigatória e se dispõe a agir em conformidade com ela, porque isso, afinal, é o que dispõe a norma fundamental: ‘devemos obedecer ao constituinte’. Por parte do órgão, não pressupor a norma fundamental

significa não considerar válida a constituição, isto é, não considera-la obrigatória. Ora, esta é a postura política, que levada à prática, configura o que Kelsen chama de 'revolução', que, como exposto acima, é definida como alteração constitucional que não é feita em conformidade com as normas do ordenamento.

Percebe-se que sendo assim, já se atribui validade à constituição. O que se busca, a partir, de uma concepção neoconstitucionalista é um passo rumo à normatização desta.

Mais afrente, as teorias de Herbert Hart, acerca do positivismo ganha uma nova roupagem, o intento do professor, era aproximar o positivismo com a jurisprudência analítica anglo-saxônica, presente, especialmente, nos países ingleses (1983, p. 49-87).

Nesse momento, o positivismo jurídico avança num sentido de que a constituição não possui um caráter de natureza, meramente, metafísica, e sim, avança para um estágio de natureza fática, tendo em vista que depende de reconhecimento e adesão pelo sistema jurídico.

O autor se pauta na premissa do direito como coação para avançar com a sua teoria e formula-la, a partir, de um ideal onde se destaca as diferenças enfrentadas entre as normas. – Somente em nível de pontuação, classifica-se essa diferença entre normas primárias e secundárias, nos quais as primeiras se destinam ao comportamento do indivíduo, e a segunda classificação atribuída às instituições, notadamente, pelos operadores do sistema. – Nesse diapasão, reconhecendo que a norma de caráter primário se apresenta defeituosa, as normas secundárias, por sua vez, serviriam para corrigi-las, a partir da análise desta que, levaria a uma introdução ou eliminação do sistema jurídico, a partir de uma interpretação (HART, 1983, p. 49-87).

Hart propõe um avanço substancial na análise do direito, pois traz para o sistema a percepção de uma interpretação capaz de estabelecer a definição do direito, inerente às atividades realizadas pelos operadores do direito, em especial, os julgadores (1983, p. 49-87).

Sua teoria propõe combinar o direito como fato social e a carga hermenêutica que prepondera sobre a norma. Teoria aplicada até os dias atuais, tanto nos ordenamentos que adotam o sistema *common law*, como os que adotam o sistema *civil law*.

No entanto, o reconhecimento é feito a partir de um direito fático que permite, inclusive, que essa própria regra seja alterada, diante de uma aplicação judicial, que, conseqüentemente, expõe uma teoria adequada, capaz de explicar o direito contemporâneo, visto que a partir dessa concepção, se vislumbra a definição de conteúdo do direito.

Conteúdo este que não se limita a uma definição unívoca, é nesse momento que se identifica o positivismo jurídico perde a sua força de completude, pois Hart, mesmo dentro de um sistema pautado na veracidade da norma, admite que as regras jurídicas estejam imersas numa zona de incertezas, sendo indispensável o papel exercido pelo intérprete, diante da realidade fática (1983, p. 49-87).

Todavia, limita a interpretação em dois grandes parâmetros, quais sejam: a própria legislação e seus ramos do direito, e os precedentes de reconhecimento da interpretação.

Nota-se que Hart já reconhecia que a prática jurídica é que direciona ao ideal de conteúdo presente no direito, sendo assim, a interpretação casuística/reconhecimento padece de eficácia, conseqüentemente, a segurança jurídica tão primada, passa para um segundo plano, mas isso não obsta a aplicação do direito na sua essência, o que leva à segurança jurídica social, justa, que confere aplicabilidade à norma (1983, p. 49-87).

É possível reconhecer, portanto, que a teoria do direito é algo muito mais que complexo. Tal complexidade se origina pela vasta relevância dos conceitos abertos que direciona à uma observação de critérios filosóficos que ultrapassam o quesito de formalidade, mas mesmo assim, Hart, inadmite que os critérios de reconhecimento se fundem à moral (1983, p. 49-87).

No entanto, convém salutar que essa teoria avança no sentido da proposta defendida, mas esbarra em alguns pontos de conflitos entre o idealizado pelo neoconstitucionalismo e o instituído pelo positivismo jurídico.

Prosseguindo para o ideal de superação, assistimos que embora, uma evolução histórica do positivismo, a sua essência de completude paira sobre o sistema que não se sustenta na sociedade moderna.

Ademais, dentro da propositura, admitir os princípios como normas do ordenamento, feriria a segurança jurídica, pois os princípios gerais do direito só seriam empregados, caso a recorribilidade não estivesse alcançando satisfação na

lei, na analogia ou nos costumes, conforme dispositivo previsto no artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro⁵ demonstra que os princípios não eram reconhecidos como fonte autônoma do direito, pois era aplicada em última análise.

O positivismo jurídico ainda se mostra incapaz de explicar os conceitos indeterminados em que, a decisão judicial saiu do *script* predefinido, tendo em vista que diante dessa situação, não há um padrão normativo prévio determinado, abrindo margem para um poder discricionário que, permite o melhor resultado, a melhor resolução do conflito, que, por sua vez, fora deturpado, levando para uma crítica acentuada, refletida num decisionismo voluntarista, originada pela incapacidade do sistema em compreender a técnica de interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados.

O positivismo esbarra ainda no formalismo jurídico, na confusão entre legalidade e legitimidade, bem como vigência e validade da lei.

A concepção assentada no princípio da legalidade extrema, a separação entre direito e moral, ou ainda entre a validade e a justiça, não permite que a lei se curve aos princípios, ou, aos direitos fundamentais. Aliás, o que vigora é a supremacia da lei e a superioridade do legislador – Considerável porque a crítica tanto aponta o ferimento à separação dos poderes, pautados no ativismo judicial, e o positivismo é pautado numa mesma essência sob um viés inverso. –

Nesse sentido, Eduardo Cambi (2011, p. 84) aduz:

[...] Prevalencia a superioridade do legislador frente aos juízes. A visão do princípio da separação dos poderes era simplificada pela *onipotência* (soberania) *do legislador* frente ao *servilismo dos juízes*. O raciocínio judicial se limitava à constatação das condições para a imposição da regra jurídica. A sentença era resultado de mero silogismo judiciário, reduzindo o Direito a um *cálculo matemático*.

Sendo assim, há uma superação de toda essa dogmática, visto que, esta, não mais perdura na proposta ofertada pelo neoconstitucionalismo, que, por conseguinte, resulta, no tema, seguido, na subseção que se segue.

⁵ Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes, e os princípios gerais do direito.

2.4.1 O neopositivismo

Considerando a defesa acima, havendo superação do positivismo jurídico, apresenta-se, portanto, o desdobramento oriundo do neoconstitucionalismo: o neopositivismo.

Se atendo a superação do sistema atual, bem como às características do neoconstitucionalismo, como consequência filosófica em razão da própria estrutura, ora apresentada, o neopositivismo, nada mais é que um novo modelo de compreensão jurídica, ou seja, uma nova interpretação e aplicação do direito, em busca da tão famigerada, eficácia do direito.

Inicialmente, convém destacar que o neopositivismo busca uma compreensão diversa dos fenômenos jurídicos que se propunha o positivismo jurídico, amparada na Constituição.

O neopositivismo desmistifica a relação de norma jurídica voltada ao texto de lei, ou seja, propugna a superação do legalismo, visto que a teoria positivista defende que, o direito só é direito, desde que, previsto por lei, e mais, o texto legal traduz a concepção de direito, desconsiderando, porém, que uma interpretação, exclusivamente, literal, é capaz de conduzir a diferentes significados, rotulados numa mesma palavra.

Entende-se, portanto, que a superação é no sentido de que a legalidade não se pauta, exclusivamente, na positividade de um texto jurídico. Observa-se que, não se trata de renunciar à positividade do direito, e, sim rejeitar a supremacia da lei, tendo em vista que deve se submeter aos parâmetros instituídos pela Constituição e pelos princípios norteadores de justiça.

Nesse ínterim, abre vista para a hermenêutica jurídica, pois se faz necessário que o intérprete, interprete a lei, haja vista que, antes da interpretação, não há que se falar em norma, somente em texto.

Diante da nova dogmática, os princípios não são mais observados em última análise, pois agora lhe é conferido normatividade imediata, tendo em vista que fora reconhecido como um dos pilares axiológicos do ordenamento jurídico, tanto que as normas devem guardar relação para com estes, pois, agora, expressam valores que devem ser tutelados.

Passa-se a encarar que, os princípios e as regras possuem uma complementação dentro do sistema jurídico, uma vez que ambas envolvem comportamentos e fins. Por conseguinte, nos remete a um cenário em que, a segurança jurídica e a justiça passam a andar lado a lado, visto que está é a idealização primordial para se alcançar a efetivação de direitos e a eficácia da norma.

A proposta do neoconstitucionalismo é: um sistema jurídico ideal que confere à eficácia almejada pela norma em equilíbrio com a segurança jurídica, que, resulta na harmonização entre justiça e segurança jurídica. Um ideal bipartido entre uma nova teoria da norma e uma nova teoria da interpretação jurídica, em que os riscos causados pelo intento de manter o equilíbrio entre os institutos, sejam sustentados pela plausibilidade da argumentação jurídica.

Aduz, Eduardo Cambi (2011, p. 91) a constituição deve ser encarada como um processo público aberto e evolutivo, superando, no entanto, a conjectura estática da norma jurídica.

O instituto idealiza a compreensão da circulação de sentido do direito. A proposta se funde em inadmitir que qualquer órgão ou intérprete estabeleça o direito em um sentido unívoco.

Importante frisar que esse ideal atrelado à um método concretista da norma jurídica, exerce uma relevância primordial no sentido de aproximar a norma constitucional da realidade fática, através da teoria da argumentação, tendo em vista que se reconhece que a Constituição é abastada de normas de caráter aberto.

Em suma, o neopositivismo trata a norma como resultado de uma interpretação e não como descrição emanada pelo Legislativo, visto que o dispositivo criado a partir dos procedimentos legislativos demonstra-se incapazes de regular toda e qualquer realidade fática, sendo assim, o direito é difundido por um arcabouço de regras e princípios. Logo, o direito não é produto, unicamente do Estado-legislador, sendo assim, a Constituição deixa de ser produto unicamente do Estado, e passa a ser produto do Estado somado à sociedade.

2.5 Conceito de Neoconstitucionalismo

Grande é o celeuma causado pela nomenclatura atribuída ao instituto, uma vez que, os críticos de plantão a rejeitam porque levantam a seguinte questão:

Como atribuir o prefixo *neo* ao constitucionalismo, uma vez que não se trata de uma nova Constituição? Ou seja, a Constituição não é nova, é a mesma!

A indagação não para por aí, haja vista que diante de tal terminologia, qual o seu significado dentro do sistema jurídico? Tratar-se-ia, pois, de uma nova teoria do Direito? Ou ainda, de um movimento ideológico? Algo inovador ou simplesmente o resgate da teoria jusnaturalista para o sistema jurídico contemporâneo, que conseqüentemente trata de um elo entre direito e moral? E, por fim, - e não esgotando as indagações – Se trata de uma nova forma de organização dos poderes, no qual o Judiciário se apresenta supremo em relação aos demais?

É certo que todas as indagações que circundam o tema guarda uma relação com a proposta do instituto, relação essa que será tratada após algumas considerações, portanto, vamos a elas.

Fato é: a própria terminologia nos remete a diversos fenômenos distintos. Isso pode ser fundamento pela própria condição do instituto, tendo em vista, que este não se trata de uma teoria fixa, previsível, pronta e imutável. Pois a natureza da corrente nos propõe uma condição de adequação do direito para que se enquadre nos moldes do contexto social atual.

Todavia, admitindo a utilização do termo podemos fazer algumas considerações para que, a partir disso seja possível não cometer alguns equívocos.

Nesse íterim, não nos parece correto analisar o neoconstitucionalismo como teoria do direito que, tem por intento, substituir o positivismo jurídico, a partir de um movimento ideológico, haja vista que, embora o neoconstitucionalismo possa ser considerado como um movimento ideológico, originado no próprio plano jurídico que, propõe a aplicação de normas constitucionais que, por conseguinte, exigem a atuação dos juízes na formação do direito; ele ainda estabelece uma concepção jurídica que reflete na proposta de uma teoria do direito, sendo assim, superaria o positivismo jurídico. Em razão dessa ambiguidade, faz-se necessário analisar a terminologia sobre dois aspectos, sendo o primeiro, o aspecto ideológico da definição, e num segundo momento, o aspecto terminológico da definição.

Passemos, portanto, à análise destas.

2.5.1 Definição ideológica

Nesse sentido, há que se considerar que o neoconstitucionalismo no seu sentido ideológico é de extrema importância para uma análise de correlação para com o constitucionalismo moderno, visto que este primeiro preconiza uma modificação no comportamento dos operadores do direito, frente à resposta que o direito deve propor em relação aos abusos decorrentes do formalismo liberal, visto que a objeção do instituto ao constitucionalismo atual se pauta na prática constitucional e não nos fundamentos teóricos que lhes são impostos.

É cediço que o fundamento principal do constitucionalismo contemporâneo, sempre fora a separação dos poderes, ou seja, a independência destes entre si, que, por conseguinte, propõe a limitação dos poderes.

O Constitucionalismo contemporâneo, como já fora mencionado, trouxe avanços significativos para no âmbito do direito constitucional, consolidando a soberania da constituição e estruturando os poderes. Exercendo, pois, a função legitimadora do poder, bem como a norma de maior hierarquia do ordenamento jurídico.

Inobstante, o modelo, ora apresentado, derivado do sistema *civil law* caracterizado pelo Estado Liberal, assinala que o direito deve ser protegido de toda e qualquer subjetividade do intérprete que ameace a, tão primada, segurança jurídica do ordenamento, bem como o abuso do poder. Posto isto, é inerente ao referido modelo, o papel da lei como fonte de hegemonia do Direito, restando à constituição, o papel meramente formal. – Realidade que passou a ser encarada como *legicentrismo*, visto que a confiança na lei era demasiadamente concentrada, que, o constitucionalismo se baseava na legalidade da positivação.

Todavia, o neoconstitucionalismo mesmo em sua definição ideológica quebra toda essa concepção, haja vista que não coaduna com a idolatria à lei, em razão da manipulação decorrente da vontade da maioria, representada pelos regimes totalitários. Em virtude da vulnerabilidade da lei, como instrumento capaz de limitar o poder e propor o justo, o neoconstitucionalismo propõe um ponto de equilíbrio entre valores, razão e a vontade da maioria. Proposta esta que, se volta à interpretação da constituição num viés altamente normativo e limitador da própria lei.

Reconhecendo a superação do modelo formalista liberal, ao passo que se admite a nova ideologia, faz se necessário resgatar alguns ideais filosóficos,

principalmente, aqueles presentes nas concepções jusnaturalistas, que, justamente, resgatam alguns valores que vão além do direito como “ser”. Adentrando, portanto, numa esfera que, direciona o direito a uma finalidade que deve ser alcançada.

É nisso que o instituto se pauta, inclusive, é nisso que a definição ideológica da terminologia adotada se funda e que serve de base para a nova metodologia, qual seja: Uma ideologia constitucional que ultrapasse uma concepção de direito meramente normativa e ilustrativa que, adentre ao ordenamento simplesmente por ter obedecido a produção legislativa, pois o que se busca, de fato, é a reformulação do direito capaz de atender aos anseios sociais.

Nuria Bellosó Martín, (2006, p. 785) aduz:

El derecho positivo, por sus limitaciones naturales, no puede justificarse a sí mismo, Es um error, aunque a veces común, afirmar que es la coacción la que asegura la obligatoriedad del Derecho. Ni la coacción, acto – empleo de la fuerza, violència – ni la coactividad, potencia – miedo, amenaza – pueden substituir satisfactoriamente el sentimiento jurídico. Este simplemente ya no existe cuando la amenaza o la violencia se anuncia. Constituyen, pues, términos excluyentes. Lo que realmente se busca, para fundamentar la norma jurídica, es um valor y nunca um disvalor, um concepto general y no excepcional. La obligación, como deber ser, implica consideraciones axiológicas. Sólo el entendimiento del Derecho como *deber ser para ser justo* contempla y dignifica la condición del hombre.⁶

Nesse sentido, verifica-se que o próprio aporte do direito positivo não é suficiente para assegurar a obrigatoriedade do Direito, visto que, este é limitado por sua própria estrutura, pois não é possível prever e positivar todas as situações da vida em sociedade. Logo, é necessário que a positivação de uma regra, guarde observância a um valor maior, valor este que deve ser interpretado a partir do caso em concreto, ora apresentado, para que a busca do justo, seja de fato alcançada. Eis o critério proposto pelo neoconstitucionalismo no seu viés ideológico da terminologia.

Diante do exposto, a pressuposição do neoconstitucionalismo a partir dessa perspectiva ideológica, nos remete à possibilidade de um direito crítico que,

⁶ O direito positivo, por suas limitações naturais, não pode justificar em sim mesmo. É um erro, embora, às vezes comum, afirmar que é a coerção que assegura a obrigatoriedade do Direito. Nem coerção, ato - uso da força, violència - nem coercividade, potência - medo, ameaça – podem substituir satisfatoriamente o sentimento jurídico. Este simplesmente já não existe quando a ameaça e a violència se anunciam. Constituem, pois, termos exclusivos. O que realmente se busca, para fundamentar a norma jurídica, é um valor e nunca um desvalor, um conceito geral e não excepcional. A obrigação, como dever ser, implica considerações axiológicas. Somente o entendimento do Direito como dever ser para ser justo contempla e dignifica a condição do homem. (tradução livre)

não se curva diante de uma positivação que, não observa os padrões mínimos valorativos conexos ao sentimento jurídico de justiça, presentes na norma desde a sua gênese.

Portanto, pode-se afirmar que, o neoconstitucionalismo, se trata de uma resistência social que, protege e garante que alguns valores - que estão acima de qualquer decisionismo político – não sejam violados. Para tal, dá-se a necessidade de uma reestruturação dos poderes, acentuada, principalmente, na atividade do Judiciário.

Vislumbra-se que, não se trata de uma nova constituição, mas de uma nova metodologia aplicada àquela já existente, no intento de tão-somente se enquadrar aos parâmetros de justiça tutelado pela norma e pela sociedade, promovendo, portanto, a sua efetividade, por meio de sua normatização.

Paolo Comanducci (2005, p. 77) trata de uma distinção acerca do mesmo constitucionalismo, sob uma perspectiva ampla e estrita, que alude:

El constitucionalismo en sentido amplio es la ideología que requiere la creación de una – cualquiera – Constitución, a fin de limitar el poder y prevenir el depotismo. El constitucionalismo em sentido restringido es la ideología que requiere la creación de um específico tipo de Constitución a fin de limitar el poder y de prevenir el depotismo.⁷

Nosso constitucionalismo se adequa à conceituação de um caráter ideológico, haja vista que, não obstante a criação de uma constituição prevê ainda os conteúdos mínimos como os direitos fundamentais, no entanto, tal previsão incorpora o arcabouço de normas já regulamentadas, mas não a prevê como fonte normativa, proposta idealizada pelo instituto defendido.

Tratar de toda essa estrutura de forma doutrinária, de fato, não alcançaria o resultado almejado, pois se trataria apenas de mais uma corrente doutrinária, diante disto, faz necessária a proposta de uma nova ideia de Constituição.

A ideia não se pauta como já dito anteriormente, na busca do novo, ou ainda, na alteração da redação do texto constitucional consolidado, mas se funda numa carga axiológica e hermenêutica que, prepondera sob o a norma positivada, pautada, exclusivamente, nos parâmetros de justiça.

⁷ O constitucionalismo em sentido amplo é a ideologia que requer a criação de uma – qualquer – Constituição, a fim de limitar o poder e prevenir o despotismo. O constitucionalismo em sentido restrito é a ideologia que requer a criação de um tipo específico de Constituição a fim de limitar o poder e de prevenir o despotismo. (tradução livre)

Por conseguinte, a nova metodologia reflete, especialmente, no comportamento dos operadores do direito – principalmente no papel desempenhado pelos juízes como julgador – que, necessariamente, se sustenta no rompimento de uma prática constitucional formal e passa a conferir autêntico caráter normativo à Constituição.

Em suma, o neoconstitucionalismo sob a vertente ideológica, assenta-se como movimento jurídico que propõe uma metodologia aplicada para o resultado almejado da norma, se contrapondo com a ideia do legalismo, que nada mais é que uma atividade mecanicista do ordenamento que sozinha só resulta em um culto exacerbado à lei que, como fora demonstrado falha na efetivação do direito tutelado.

2.5.2 Definição terminológica

Embora às frequentes críticas contra a terminologia adotada, entendo, porém, compatível à definição atribuída por “neoconstitucionalismo”, tendo em vista que justamente por não se tratar de uma nova constituição, mas tão somente da Constituição atual com aplicações metodológicas diferentes da até então aplicada, faz-se necessário tal distinção.

É sabido que alguns autores preferem se referir ao tema com algumas terminologias diferentes, sendo elas: pós-positivismo ou constitucionalismo contemporâneo. No entanto tais terminologias estão voltadas para o conteúdo que a própria tese trata.

Todavia, não me parece correto tratar dessa nova dogmática como uma metodologia “pós-positivista”, pois seria um contrassenso romper totalmente com a ideia de positividade, visto que esta é necessária para regular a vida em sociedade. Tratar dessa sistemática sem permitir a inferência de demais institutos e contribuem para regularização do direito, não nos levariam a lugar algum.

Inobstante, se apresenta como teoria antipositivista, em razão de uma separação deste modelo para com o atual, bem como a incompatibilidade entre as teses positivistas e aqui defendidas, nesse sentido, a correlação entre direito e moral resgatada das teorias jusnaturalista, mas como será demonstrada no momento oportuno, a moral está intrinsecamente presente à concepção de direito, independente de aceitação das teses ou não, é algo impossível de se dissociar.

É nessa acepção que Luiz Roberto Barroso (2009, p. 48) assevera:

O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma *terceira via* entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de trata-los como espaços totalmente segmentados que não se influenciam mutuamente.

Portanto, resta infrutífera a tese que propõe o neoconstitucionalismo como teoria antipositivista, pois, o jurista, evidencia com sabedoria a impossibilidade de tratar os institutos de forma segregados.

Já a nomenclatura “constitucionalismo contemporâneo” poderia nos levar há alguns equívocos, pois é de fácil percepção que, não vivemos ainda a ideologia proposta pelo neoconstitucionalismo, ao passo que vivemos no constitucionalismo atual/contemporâneo. Embora, alguns julgadores estejam adotando algumas práticas correspondentes à nova vertente de constitucionalismo proposto, é bem verdade que, todas elas são alvos de críticas ferrenhas, – que serão tratadas mais afrente – em razão do afinco ao constitucionalismo garantista.

O que nos leva, por fim, a considerar que a melhor terminologia aplicada se apresenta como neoconstitucionalismo, de forma a ser considerada como a terminologia consolidado acerca da matéria, visto que os doutrinadores denominados: neoconstitucionalista; como Miguel Carbonell, Gustavo Zagrebelsky, Paolo Comanducci, Santiago Santre Ariza, Eduardo Cambi, Luis Pietro Sanchís, entre outros, adotam a referida terminologia. Repise-se que, mais que um propósito ideológico, essa mutação proposta pelo instituto, é mais que consolidado.

No entanto, tratando ainda da definição terminológica, convém mencionar que o termo manifesta duas concepções distintas, são elas: - num âmbito nacional - conforme sintetizado por Humberto Ávila, um fundamento (a) normativo, (b) metodológico, (c) axiológico e (d) organizacional (2009, p. 3). O fundamento normativo propõe uma ideia que vai da regra ao princípio, enquanto a ideia metodológica se pauta na ideia de subsunção à ponderação, não obstante, o caráter axiológico vai da justiça geral à particular, por fim, a ideia voltada à um âmbito organizacional, propõe uma reorganização entre os Poderes, com maior denotação entre o Legislativo e o Judiciário.

Num segundo momento, mais presente no âmbito estrangeiro, trata de elementos que estruturam o sistema jurídico e político proposto pelo neoconstitucionalismo como ideologia, sintetizando-os em: (1) neoconstitucionalismo teórico, (2) neoconstitucionalismo ideológico, (3) neoconstitucionalismo metodológico.

Respectivamente, o neoconstitucionalismo proposto como teoria do direito, sendo, portanto, uma alternativa para o sistema que, precedeu o positivismo jurídico e este último. De fato, não é de todo estranho essa caracterização levantada pelo jurista italiano, visto que a alternativa entre os dois sistemas é de unificá-los e não tratá-los de forma desagregada.

Quanto à ideia de neoconstitucionalismo ideológico é a principal característica que mais se coaduna com o sistema, pois visa além de descrever um processo de constitucionalização que, alcance a efetividade almejada, se pauta, principalmente, na defesa e ampliação das garantias fundamentais, bem como a prática de normatização da constituição para que proporcione a sua aplicação direta.

Contudo, cabe uma ressalva na terceira dimensão proposta pela doutrina estrangeira, visto que, segundo eles, o neoconstitucionalismo pelo viés metodológico, propõe a constituição do elo entre direito e moral, bem como a rompimento da separação entre “ser” e “dever ser”, haja vista que, o “dever ser” presente na norma está intrinsecamente instituído pela norma. Mas tal característica embora seja prescritiva reflete no caráter ideológico proposto pela metodologia.

Embora a terminologia adotada se apresente sob esses dois vieses, que nada mais são do que, definições que se complementam, se torna o que é exatamente, pelo caráter ideológico e descritivo que invoca.

2.6 O Neoconstitucionalismo no Direito Comparado

Restringiremos o tópico para tratar do modelo estadunidense, todavia é necessário trazer um breve apontamento teórico no que se refere ao liberalismo inglês, para melhor compreender as peculiaridades que se formam a partir do constitucionalismo pós-revolucionário.

Iniciamos, pois, de um ideal de soberania. Após todos os eventos históricos, surge o constitucionalismo dentro dos países cujas bases do sistema se baseava num modelo *civil law*, promover uma constituição considerando todos esses

fatores, por óbvio, estaríamos promovendo um sistema, cuja as bases se emergem em uma segurança excessiva no poder da lei. – Nota-se que recaímos, uma vez mais, na discussão de constitucionalismo positivista que tudo prevê e alcança os reclames da sociedade na sua totalidade, porque é aqui onde tudo começa. – A soberania, surge nesse momento, quando a ideologia de democracia e racionalidade resulta num plano superior.

Contudo, essa ideologia de onipotência e racionalidade absoluta depositada no poder legislativo é dizimada, por uma necessidade de se limitar à atividade do legislador, bem como de pôr fim à soberania deste, haja vista que tal ideologia não se coaduna com a propositura de um constitucionalismo que promova a eficácia dos direitos fundamentais em prol de um direito justo do ponto de vista social.

É dentro desse viés que, se estabelece a necessidade de transição de um Estado legislativo para o Estado Constitucional. Interessante porque a ideia difundida aqui é transferir uma soberania atribuída ao Legislativo para a Constituição. É a partir desse ideal que se redescobre uma nova dogmática de Constituição.

Nicola Matteucci (1963, p. 965) já afirmava:

Il costituzionalismo nella misura in cui afferma l' esigenza di rendere un motivo proprio della tradizione giusnaturalista, quello per cui la legge com è la semplice espressione di una volontà politica sovrana, ma deve fondarsi su principi di ragione comuni a tutti gli uomini.⁸

É notório que a ideia de constitucionalismo não se adequava à ideia de soberania política já na década de 1960, quanto mais nos dias atuais, diante de uma evolução social como a vivenciada. Fato é: a ideia de constitucionalismo, não mais permite que esta, se atrele a uma concepção de política soberana.

O conceito de soberania apoia-se na ideia de poder, poder autônomo que, foge de qualquer tipo de controle, a partir desse ponto, imerge a percepção moderna de constituição.

Uma das concepções trazidas e que serve, inclusive, de parâmetro para a concretização dessa nova idealização é a possibilidade de conceder limite ao

⁸ O Constitucionalismo, na medida em que afirma uma necessidade de um motivo prudente na tradição jusnaturalista, já não aceita mais a lei como simples expressão de uma vontade política soberana, baseando, portanto, em princípios comuns a todos os homens. (tradução livre)

poder legislativo, desde que os direitos fundamentais fossem oponíveis à este, e não estivesse a disposição do legislador, pois, esta soberania é inerente ao indivíduo como ser social, sendo, portanto, inegociável.

Após o constitucionalismo pós-revolucionário, o modelo inglês que se opõe à ideia de direito natural, e, se coaduna com a existência de leis fixas, desenvolve uma concepção republicana de constituição, primando pela inviolabilidade dos direitos do povo, percebe-se que há uma limitação no governo, em razão dos direitos fundamentais.

Diante dos fatos históricos que permeiam a época, a Revolução Gloriosa (1689), teve um papel fundamental na mudança do sistema, que embora, não defendesse a abolição do sistema político, reafirma a força dos direitos fundamentais, consolidados no *Bill of Rights*.

O sistema inglês assenta e concentra sua organização política nos direitos fundamentais. Vale considerar que a influência jusnaturalista, fora fundamental para a reestruturação no sistema jurídico inglês.

A premissa que se funde em limitar e dividir o poder resulta num equilíbrio entre poder e instituições estatais que somado aos direitos fundamentais constituem os parâmetros defendidos pelo neoconstitucionalismo. – A ideia de um constitucionalismo ideal e adequado. – Corolário, portanto, de um ideal de contraponto à de soberania estatal.

Partindo desse ideal de sistema, não se admite que a divisão dos poderes, resultado de um poder moderado, configure apenas como estratégia teórica, pois é necessário que os direitos fundamentais alcancem a plenitude que lhe compete, para que sejam protegidos em relação a essa estrutura política, tendo em vista que uma das bases para a sua criação foi o asseguramento destas.

Nesse ínterim, se consagra o modelo estadunidense amparado nesses parâmetros, e o avanço surge logo após, a declaração de independência, visto que os fundamentos da revolução demonstram clarividente a influência do jusnaturalismo no ordenamento. Apontando para um constitucionalismo firmado na supremacia da constituição, guardando uma reverência ímpar à aplicação dos direitos fundamentais, amparados, por sua vez, no direito natural defendido pelos jusnaturalistas.

Nesse sentido, Jose Javier Santamaría Ibeas (1997, p. 16):

[...] el empirismo propugnado por Hume para el conocimiento general se traslada también al ámbito de lo jurídico, dependiendo por tanto los derechos de los que los ciudadanos son titulares no ya de su común naturaleza humana, sino más bien del sistema político en el desarrollen su existencia y del ordenamiento que de cobertura a éste, abriéndose así el camino discursivo que luego seguirán Benthan y los Mill hacia la formulación de lo que será conocido como utilitarismo y que tanta repercusión tendrá em el território em que se desarrolla uno de los modelos iniciales de derechos fundamentales, los Estados Unidos.⁹

Essa idealização nos permite pensar na ideia de uma regra, que alcance a sua finalidade, visto que não sendo assim, o direito catalogado sem a devida eficácia, não pode ser considerado direito, pois, a falta de eficácia constante na norma viola a sua própria essência.

O modelo estadunidense reconhecia isso, por isso, não se associou aos modelos adotados, que na sua plenitude tudo prevê, no entanto, em um plano fático, não possui força para concretizar a sua eficácia.

Os Estados Unidos, pautado no modelo republicado adotado, parte para a limitação do poder legiferante e a partir daqui, traz a proposta idealizada pelo instituto defendido, qual seja: a possibilidade do Poder Judiciário intervir e contribuir com essa limitação, desde que, contrários à Constituição, ou seja, nasce um sistema de controle de constitucionalidade, exercido, pois, pelos julgadores.

Para Fioravanti (2001, p. 109) o controle de constitucionalidade é necessário como instrumento de proteção aos direitos dos indivíduos e minorias, mas, mais ainda quando se trata de atos arbitrários dos legisladores, no que concerne a opção de política adotada. Inobstante, é ainda necessário que, os julgadores exerçam o papel de controle sobre essas atividades para que, estas, não sejam violadas, haja vista que esse poder se deriva de uma soberania propagada pela constituição.

Em suma, conclui-se que o modelo adotado pelos Estados Unidos ainda no momento pós-guerra muito se assemelha ao instituto defendido no presente trabalho, pois há aqui um compromisso democrático para com a constituição, no entanto, restringe a soberania para que nenhum poder se sobreponha aos direitos fundamentais.

⁹ O empirismo defendido por Hume, para conhecimento geral também é transferido para a esfera jurídica, dependendo, portanto, dos direitos dos cidadãos, não só de sua natureza humana comum, mas sim do sistema político em que desenvolvem sua existência e seu ordenamento em que este abrange o último, abrindo assim o caminho discursivo seguido por Benthan e o Mill, para a formulação do que será conhecido como utilitarismo e que, tento ganha repercussão no território que se desenolve um dos modelos iniciais de direitos fundamentais, os Estados Unidos. (tradução livre)

Como bem retrata Max Moller, (2011, p. 148) da mesma forma que se teme um constitucionalismo sem democracia, temeroso é uma democracia sem constituição. Revela-se, portanto, a importância atribuída à Constituição, que propõe o equilíbrio entre os poderes, mas, mais que isso, o respeito que estes devem guardar a Constituição, visto que se isso não for observado, é legítimo que o Judiciário adentre para assegurar a fidedignidade dos direitos fundamentais. Proposta apresentada pelo neoconstitucionalismo, de forma que guarde a segurança do ordenamento e num mesmo plano se reverencie à eficácia atribuída aos direitos fundamentais.

2.7 A Moralidade do Direito Como Objeto de Crítica do Instituto¹⁰

Primeiramente, convém mencionar que, o jusnaturalismo se apresenta como tese jurisprudencial de fundamentação de um direito justo, presentes desde as representações de fundamentação do direito com base na origem divina, evoluindo até a filosofia do direito natural do século XX. Se pautando em duas teses, são elas: a pressuposição do direito positivo para com o direito natural, e como máxima, a superioridade do direito natural em relação ao direito positivo.

Nessa concepção, o direito positivo deveria guardar observância aos preceitos defendidos pelo direito natural, sobretudo, adequar-se aos parâmetros de justiça tutelado.

Enquanto o juspositivismo defende que só pode existir o direito e por consequência a justiça. Portanto, dissocia a moral do direito, pois o positivismo é marcado pela existência de leis formais, emanadas do Estado para regular a vida social.

O conflito entre as teses jusnaturalistas e teses juspositivistas perduram desde a mais remota sociedade, embora o positivismo tenha superado a vigência do jusnaturalismo, este último teve um período muito mais significativo e que trouxe verdadeiras contribuições para o campo jurisprudencial.

A previsão da necessidade de um tratamento axiológico para o direito, propondo uma reflexão dos valores jurídicos, abrindo margem para uma discussão

¹⁰ Parte do trabalho foi desenvolvido anteriormente no artigo “A moralidade do direito como objeto de crítica do neoconstitucionalismo”. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/rt/bio/6242/0>. Acessado em: 26/09/2017.

que, idealiza a busca do direito justo, ganha espaço novamente dentro da corrente neoconstitucionalista.

A ideologia de normatização da constituição, o dogma dos direitos fundamentais como lei suprema que, deverá ser observada diante de uma violação do direito tutelado, com o intento de promover uma decisão justa e que, atenda aos anseios sociais, de fato é compatível com a nova proposta e, portanto, merece ser analisada, bem como resgatada às críticas apresentadas pelo positivismo que, nunca deixou de ser ressaltada, embora com maior ou menor potencialidade.

Tendo em vista, que a moral é objeto de crítica do instituto, a finalidade é demonstrar que, não há que se falar em alcançar um modelo jurídico que atenda os parâmetros de justiça sem aceitar que a moral é elemento intrínseco do direito, ainda que esse elemento seja mínimo em determinadas normas, ainda assim está presente.

Portanto, apresentar a moral como objeto de crítica do instituto, traz à tona o grande embate existido até o final do século XIX, enquanto no pensamento jurídico perdurava a teoria jusnaturalista, e suas concepções acerca do direito natural.

O problema se apresenta desde a mais longínqua sociedade, desde o período pré-socrático, mas se destaca realmente na época moderna, um ponto crucial, que poderia ser apontado, foram os conflitos entre a Igreja Católica e os protestantes.

A diversa concepção acerca da religião cria um embate entre católicos e protestantes, mais ainda entre os protestantes em si, por isso, a segunda concepção ideológica se apresenta por diversas correntes. Tal situação reflete na vida em sociedade, que podem ser definidas pelos súditos de cada Chefe de Estado, uma vez que, este passa a intervir em todas essas concepções. Verifica-se nesse ponto a confusão entre direito e moral caracterizada pela religião.

Quando o direito – representado pelo Chefe de Estado – passa a intervir na vida pessoal, ou seja, no direito de liberdade restringido à liberdade religiosa, há uma necessidade aparente de se delimitar os limites do Estado, traçando, portanto, a limitação entre direito e moral.

Conquanto, o embate entre as teses, limitações e o conflito entre direito e moral foram enfrentados e debatidos, desde então, discussão esta que, não

alcançou uma consolidação, portanto, não foi pacificado, sendo retomada diante do novo instituto.

Ademais, avançando na história, convém mencionar que, embora, o positivismo jurídico tenha adentrado no ordenamento jurídico como teoria do direito, a discussão entre direito e moral sempre se manteve presente. Conquanto, a crítica se acentua com mais rigor diante da nova dogmática apresentada.

Nota-se que os princípios e postulados normativos, bem como os direitos fundamentais propostos pela Constituição, trazem uma carga de normatividade para alguns valores fundados em concepções morais, defendidas pelo direito natural. Questão esta, que, provoca mais celeuma entre os doutrinadores positivistas, visto que uma discussão presente há dois séculos, ganha espaço novamente.

Fato é: o crescimento considerável entre o direito material atado a conceitos morais, apresentados em forma de direitos fundamentais pela Constituição é o que configura o instituto, que, conseqüentemente, aflora a discussão travada desde a concepção puramente naturalística do direito, que, por sua vez, nasce com a própria concepção do direito, qual seja: a discussão sobre a conexão necessária entre o direito e moral.

A teoria jusnaturalista trouxe uma sistematização de lei calcada na origem humana e na metafísica formulada por São Tomás de Aquino, definindo quatro tipos de direitos, sendo eles: lei eterna, lei divina, lei natural e leis humanas, sendo as duas últimas que, nos interessam e formam a ciência do direito.

Interessante porque o direito natural se apresenta com primazia frente ao direito positivo, sob uma perspectiva teleológica, que se volta aos direitos fundamentais atuais, principalmente no que se relaciona ao reconhecimento de direitos naturais referentes à dignidade da pessoa humana.

Embora os pensamentos jusnaturalistas tenham passado pelo processo de secularização, não perdeu a essência de lei maior e superior.

Inobstante, as teorias jusnaturalistas, nunca fora contrária a um conjunto de normas positivadas, considerando que um ordenamento positivo é necessário para a regulação social e a vida em sociedade. No entanto, o direito positivado deve guardar uma correlação com o direito natural.

Para Javier Dorado Porrás (2004, p. 54), “el iusnaturalismo no afirma que exista unicamente el derecho natural, sino que existe también el derecho

positivo, aunque em uma posición de inferioridade con respecto al derecho natural”.¹¹

Nota-se que não se trata de um direito natural supremo com o fim de regular a vida em sociedade, pois é necessário um arcabouço de normas para tal finalidade, todavia, esse arcabouço deve se limitar aos parâmetros instituídos pelo direito natural.

Ademais, a divisão do direito natural em ontológico e deontológico, no qual a primeira classificação se propõe a análise do direito como “ser”, enquanto a segunda classificação se propõe no direito como “dever ser”, a partir dessa ideia a concepção do direito natural deontológico se firma na formação de normas positivadas, desde que, observadas a primeira classificação, ou seja, desde que, contenha as exigências morais básicas que comportam o direito.

Nesse ínterim, notamos a relação com o nosso sistema jurídico atual. A relação que pode ser observada entre a positivação e as normas mandamentais - os princípios jurídicos - presentes no nosso ordenamento jurídico de que, trata o “ser” e o “dever ser”, traz essa carga valorativa de moral presente na essência dos princípios.

Nota-se que esta é a porta para a entrada do neoconstitucionalismo, visto que este se vale da busca do justo, e do caráter de normatização atribuído à constituição que, sobretudo, está presente nos direitos fundamentais apresentados como princípios constitucionais.

Conquanto o que não nos parece válido, é confundir direito e moral, ou seja, achar que o defendido pelas teses, e a oposição, ora apresentada, no que se refere às críticas positivistas, é de que tratamos o direito e a moral como se fosse um só.

As teses jusnaturalistas por mais que sejam valoradas pela moral, os institutos não se confundem, pois cada um possui o seu valor dentro do ordenamento. E, é justamente esse o propósito: Demonstrar que, embora seja objeto de crítica, é necessário que a norma positivada ou até mesmo a interpretação das normas ou dos princípios norteadores do direito, guardem observância com a

¹¹ O jusnaturalismo não afirma que existe unicamente o direito natural, mas que existe também um direito positivo, embora em uma posição de inferioridade com respeito ao direito natural. (tradução livre).

moral, presente num direito natural para alcançarmos o ideal proposto: uma norma justa.

No que tange ao posicionamento positivista e a defesa absoluta da separação entre direito e moral, não encontrei nenhum argumento sólido que obste tal conexão.

Nesse sentido, afirma Carlos Santiago Nino (1987, p.18):

La vieja polémica entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico gira alrededor de la relación entre derecho y moral. Una descripción simplista del contenido de esa polémica diría que, mientras que el iusnaturalismo sostiene que hay una conexión intrínseca entre derecho y moral, el positivismo jurídico niega tal conexión. Pero acabamos de ver que hay muchas formas muy diferentes de sostener que hay una vinculación importante entre derecho y moral. No puede pensarse que el iusnaturalismo afirme las diez tesis que se acaban de exponer y el positivismo se oponga a todas ellas. ¿Cuál es, entonces, la tesis acerca de la relación entre derecho y moral que el iusnaturalismo defiende y que el positivismo ataca?¹²

É certo que ambos não se confundem, mas não admitir inferência de um sobre o outro nos parece equivocado, pois onde estariam os princípios de justiça universalmente válidos propostos pelo campo da filosofia moral, calcados, senão, na moralidade?

Não obstante, a própria conceituação de direito nos remete a parâmetros de validades, totalmente, amparados pela moral, visto que, as normas jurídicas são consideradas como tal, desde que, não violem os princípios de justiça.

Miguel Reale (2005, p. 54) apresenta em sua obra, a forma prática que Thomasius separa o direito e a moral, tratando-os, respectivamente da seguinte forma: foro externo e foro íntimo. O que é tratado pela doutrina como “Exterioridade do direito”. O direito tratado como foro externo se referia às ações exteriorizadas do homem, que, conseqüentemente, gerava um efeito no mundo externo. Fato este que o direito deveria se preocupar. Enquanto o foro íntimo se tratava de uma questão interna, íntima, no qual não poderia ser alcançada pelo direito. Inobstante, nenhum poderia invadir o campo de atuação do outro.

¹² A velha polémica entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico gira ao redor da relação entre direito e moral. Uma descrição simplista do conteúdo dessa polémica diria que, enquanto o jusnaturalismo sustenta que há uma conexão intrínseca entre direito e moral, o positivismo jurídico nega tal conexão. Mas acabamos de ver que há muitas formas muito diferentes de sustentar que há uma vinculação entre direito e moral. Não pode pensar que o jusnaturalismo afirma as dez teses que se acabam de expor e o positivismo e contrário a todas elas. Qual é, então, a tese acerca da relação entre direito e moral que o jusnaturalismo defende e que o positivismo ataca? (tradução livre)

Esta fora a forma que essa divisão tão defendida pelos positivistas jurídicos fora defendida no período moderno. No entanto, uma indagação que essa tese não me responde é a seguinte: Se o direito se preocupa somente com as ações exteriorizadas no mundo fático, ações estas que provoquem um dano nessa relação, e, a partir disso se cria uma norma que proteja a coletividade dessa ação danosa. Qual o parâmetro utilizado pela norma, já que esta, não pode adentrar o foro íntimo (moral) para estipular que tal conduta não é permitida?

É notório que direito e moral se convergem em alguns aspectos, daí a expressão: tudo que é jurídico é moral, mas o inverso não é verdadeiro. O filósofo Jeremias Bentham, dentro dessa temática apresenta a *“Teoria do mínimo ético”*.

Miguel Reale (2005, p. 42) traz a seguinte premissa sobre a referida Teoria:

A teoria do mínimo ético consiste em dizer que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea, mas como as violações são inevitáveis, é indispensável que se impeça, com mais vigor e rigor, a transgressão dos dispositivos que a comunidade considerar indispensável à paz social.

Percebe-se que não tem como afirmar categoricamente, tampouco, defender que direito e moral não se confundem, visto que ainda que minimamente, há uma inferência de um instituto para o outro. Considerando todas as peculiaridades, envoltos no tema, o que mais nos preocupa aqui é desmistificar essa separação absoluta, visto que, mais presente ainda, esta, se encontra na nova proposta oferecida pelo neoconstitucionalismo, no que tange à normatização da constituição, notadamente nos direitos fundamentais apresentados em forma de princípios.

A moral do direito está implicitamente relacionada à ideia de justiça, visto isso, a validade das normas deve ser observada diante dos preceitos morais que, são condicionados à justiça, isso é necessário para que haja um equilíbrio entre direito e moral.

A similitude do direito e da moral é encontrado no caráter de prescrição que ambos possuem, pois estabelecem obrigações de forma objetiva. Outrossim, não há como falar de vida em sociedade sem direito, da mesma forma que não há como falar em sociedade sem moral.

É certo que, a moral está voltada para os comportamentos individuais, com base do que cada um, guarda internamente consigo, ao passo que, o direito é exteriorizado, contém normas secundárias que, devem ser obedecidas. Do mesmo modo que a justiça regula o direito, a moral regula a justiça, pois se não há moral a imoralidade perpetua, fazendo com que a norma jurídica perca o seu sentido, o que implicaria na perda do sentido de regular uma sociedade se pautando na justiça almejada por ela.

Nesse sentido, Kant (1999, pag. 24): “A legislação que faz de uma ação um dever e desse dever, por sua vez, um móbil, é ética. Mas a que não inclui o último na lei e, portanto, admite também outro móbil distinto da idéia mesma de dever, é jurídica”.

Em suma, nem todas as normas que adentram ao ordenamento jurídico estão revestidas de moralidade, mas isso não a torna inválida, pois obedecidos os parâmetros legislativos adentra ao ordenamento com o intuito de promover a sua aplicabilidade. Isto é, a norma é perfeitamente válida e pode gerar os efeitos à qual foi destinada, mas carece do critério fundamental destinado a elaboração das normas, qual seja, regular a vida em sociedade.

Como é possível regular a vida em sociedade se os parâmetros de justiça foram deixados de lado no momento da sua concepção? Quais seriam os critérios balizadores que justificariam tal norma? Por obvio, a falta de justiça e, conseqüentemente, da moralidade presente numa norma jurídica à torna frágil dentro do sistema, pois qualquer interpretação mediana levaria a percepção de injustiça. No entanto, numa investigação mais aprofundada, encontraríamos resquícios de moral presentes, não na regra, propriamente dita, mas o porquê que, esta, fora originada.

Mas, mesmo não sendo observada a finalidade da norma na sua essência, constata-se, que, mesmo desprovido de justiça e moralidade, a norma alcança sua finalidade e garantindo sua validade. A nova proposta poderia, inclusive, acabar com esse ceticismo dissuasivo presente no direito, pois se a proposta é voltada para interpretação, ponderação e subsunção, tais normas poderiam ser eliminadas exatamente na luta da busca pelo justo. E aqui mais uma vez, recai a ironia da crítica dos defensores do sistema atual, face à idealização dotada de plausibilidade do instituto proposto que, surge como forma revolucionária de garantia e efetividade dos direitos fundamentais.

Partindo desse pressuposto, no que se fundamenta a crítica da interpretação, ou, até mesmo ponderação de valores já que estão voltadas ao ideal de justiça, que como evidenciado é inerente à moralidade proposta pelos ditames do senso comum?

Como mencionado, não há como desvincular moral de justiça, pois isso implicaria na própria estrutura do direito como regulador de comportamento social. Ademais, a discricionariedade interpretativa que goza o intérprete da lei é norteadada por ideais de caráter moral em cada interpretação.

A nova dogmática nos propõe uma ideologia de um constitucionalismo principialista ou argumentativo, intrinsecamente relacionado à moral objetiva, por conseguinte o cognitivismo ético.

Segundo Manuel Atienza, (2001, p. 112) reconhecer o direito válido dentro de uma realidade jurídica, não poderia ser feito sem se recorrer à moral, uma vez, que a aceitação pela regra prevista no sistema estaria condicionada, necessariamente, à um juízo moral.

Aludir que todo ordenamento jurídico ao observar os critérios de validade da norma, satisfaz ainda que objetivamente os critérios de justiça seria reconhecer que direito e moral estariam conectados, e, a justiça como condição de validade estaria observada.

Nota-se que tal pensamento já fora previsto pela teoria jusnaturalista que, se apresenta novamente dentro da concepção trazida pelo neoconstitucionalismo. O jusnaturalismo sempre trouxe uma perspectiva sobre o direito, tratando do que este deveria conter, e de maneira acessória, como identificar o direito.

O positivismo jurídico, por sua vez, se preocupa exclusivamente em responder a indagação acerca do que deve conter o direito. De fato, o neoconstitucionalismo retrata a referida tese, uma vez que, não se preocupa somente com o conteúdo positivado, e sim com a sua essência, e mesmo se tratando de uma regra, aparentemente, injusta, os critérios de ponderação, argumentação, subsunção obedeceriam a máxima do direito natural, uma lei maior que não se dissocia das concepções moralistas presentes nas normas positivadas, ainda que essa concepção seja minimalista.

Luis Prieto, (1996, p. 140) tratando do assunto dispõe:

Quiero decir, en suma, que se puede postular que la interpretación del Derecho constituye una actividad racional e intersubjetiva, sin tener que sostener también que el ejercicio de la misma conduce siempre a una única solución aceptable, ni desde la perspectiva del marco normativo aplicable, ni de la óptica de la racionalidad argumentativa; pues, como dice Alexy, ‘la razón práctica no es de aquellas cosas que pueden ser realizadas sólo perfectamente o no en absoluto’ (R. Alexy, 1994, p. 176). Esto explica la posición de autores como N. MacCormick (1986, p. 17 y 22), A. Aarnio (1987, p. 217; 1990) o el propio Alexy (1978, p. 33 ss. Y 302; 1988, p. 145 ss.), cultivadores todos ellos de las teorías de la argumentación y, sin embargo, escépticos respecto a la unidad de la solución justa; posición por lo demás plenamente posible desde la perspectiva de la interpretación constitucional, donde la decisión ‘nunca puede ser racionalizada totalmente’ (K. Hesse, 1996, p. 51).¹³

Embora, o neoconstitucionalismo abarque as teses jusnaturalistas existe ainda um dissenso, em relação à teoria do direito compatível com a nova proposta, mas o que podemos identificar é a importância da filosofia do direito para a corrente, pois esta ampara as teses propostas, bem como a busca tutelada, qual seja: a efetivação de direito e o alcance de justiça.

O neoconstitucionalismo assim como a o jusnaturalismo que, previa o direito natural como norma superior (*higher law*), traz essa mesma tese quando apresenta os direitos fundamentais em forma de princípios como norma maior/superior. Ambas são formadas a partir de termos que se propõe como interpretação aberta. A título de exemplo: a dignidade da pessoa humana. Inobstante, nota-se que a interpretação aberta nos remete a uma carga de moralidade que, não se dissocia da essência da modalidade de “dever ser”.

É sabido que, o jusnaturalismo se propõe a estabelecer referenciais materiais de validade para o direito positivo, ou seja, determinar conteúdo do qual o direito para ser válido não poderia se afastar, – nota-se que as concepções morais mais uma vez estão presentes – enquanto o positivismo jurídico como objeto de crítica se volta a diferenciar aquilo que é relativamente externo ao direito, e que se

¹³ Quero dizer, em suma, que só pode postular que a interpretação do direito constitui uma atividade racional e intersubjetiva, sem ter que sustentar também o exercício da mesma questão sempre à uma única solução aceitável, nem da perspectiva do quadro normativo aplicável, nem da ótica da racionalidade argumentativa; pois como diz Alexy, ‘A razão pratica não é daquelas coisas que podem ser realizadas somente perfeitamente e não em absoluto’ (R. Alexy, 1994, p. 176). Isto explica a posição de autores como N. MacCormick (1986, p. 17 y 22), A. Aarnio (1987, p. 217; 1990) e o próprio Alexy (1978, p. 33 ss. Y 302; 1988, p. 145 ss.), cultivadores todos eles das teorias da argumentação e, sem embargo, cepticos respeito a unidade da solução justa; posição contrária plenamente possível desde a perspectiva da interpretação constitucional, onde a decisão ‘nunca pode ser racionalizada totalmente’ (K. Hesse, 1996, p. 51). (tradução livre)

trata de uma teoria do direito, descritiva e científica, que, significa a identificação do jurídico.

Para Max Moller, (2011, p. 57) considerando o positivismo jurídico como teoria do direito, especificamente, em seu caráter descritivo, desconsiderando, portanto, o seu viés ideológico, poderíamos identificar que parte das críticas atribuídas ao instituto, pelos positivistas, se apresenta de forma ilógica.

Observa-se: Os positivistas questionam a compatibilidade do instituto – neoconstitucionalismo – com o positivismo jurídico, visto que o positivismo recusa a presença de conteúdos abertos que, abram margem para o subjetivismo, que, por conseguinte, se relaciona com conteúdo moral, bem com os direitos fundamentais. Descuida-se, que o positivismo, enquanto teoria não se preocupa com o conteúdo do direito, e sim, em como descrevê-lo, ou seja, aponta uma crítica que nem eles mesmos se preocupam em responder.

Pode-se extrair que, a crítica não merece prosperar, uma vez, que o positivismo não trata de conteúdo material, preocupação esta que, o neoconstitucionalismo abarca na intensão de aproximar a norma dos parâmetros de justiça almejados pela sociedade.

Incontestavelmente as críticas apresentadas no que se refere a inadmissão da influência da moral no direito carece de fundamento, haja vista que a própria definição de direito se remete aos parâmetros de justiça, do que é justo, e, sobretudo, do que é moral.

Direito e moral regulam a vida em sociedade. Ainda que implicitamente, toda norma que compõe o nosso ordenamento jurídico possui uma carga de moralidade, seja mínima, média ou máxima, e, essa relação intrínseca é necessária para que haja um equilíbrio, que só beneficiará a vida em sociedade.

Embora o modelo atual não admita tal relação, a nova proposta – neoconstitucionalismo – é compatível com as teses jusnaturalistas, que se apresentam de forma válida e eficaz para os parâmetros balizadores da busca pelo justo. Há se considerar a proposição de uma lei suprema, qual seja: os direitos fundamentais, assim como o direito natural fora previsto pelo jusnaturalismo, desde os primórdios da vida em sociedade, como lei maior. Esse parâmetro tem uma relevância ampla que, reflète na satisfação do indivíduo diante de uma tutela do direito violado.

Repise-se que toda a resistência, derivada das críticas apresentadas para a inadmissão da relação entre a moral e o direito não são contundentes, visto que é justamente dessa essência do instituto que se extrai a finalidade que orbita no ordenamento jurídico, ou seja, a busca da justiça não pauta, exclusivamente, no direito como “ser”, mas também no direito como “dever ser”, por conseguinte abre uma carga de subjetividade para o intérprete que, se calca em conteúdos morais, totalmente cindidos da ideia em que se pauta o direito.

Portanto, diante do exposto, a interferência da moral para o direito é pressuposto de validade para o ideal de justiça que atende aos anseios da sociedade, premissa que se aglutina aos ideais previstos pelo famigerado neoconstitucionalismo.

3 A DISFUNÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL EM RAZÃO DO CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

Diante de toda a sistemática apresentada no capítulo anterior, reconhecendo que, estamos diante de um modelo positivista, garantista, que caminha para um estágio de superação, nos deparamos que em meio, a essa transição, compactua-se com uma disfunção da atividade jurisdicional, tendo em vista que de acordo com a teoria positivista, os julgadores, enquanto, intérpretes da lei, devem se ater à aplicação do texto legal.

Todavia, a inserção do neoconstitucionalismo no contexto atual, demonstra a inevitabilidade de uma teoria compatível com o sistema, capaz de moldar aos parâmetros sociais contemporâneo, resultante a uma prática jurídica eficaz na tutela dos direitos fundamentais.

Diante dessa premissa, resulta possível entender porque os críticos apontam essa disfunção da atividade jurisdicional, visto que o silogismo legiferante contido na teoria positivista perde espaço para um silogismo judicial, tem em vista que os paradigmas apresentados pelo novo instituto se dividem em três esferas, como bem observado por André Karam Trindade (2010, p. 33-51), quais sejam: (I) as especificidades dos textos constitucionais – na segunda metade do século XX – que, incorporam normas substanciais, direcionando a atuação do Estado na promoção dos fins objetivos; (II) as práticas jurisprudenciais protagonizadas pelos Tribunais e Cortes Constitucionais, cuja atuação se pauta na interpretação, compatível com a racionalidade exigida; (III) e por fim, mas, não menos importante, a construção de subsídios teóricos capazes de propor uma verdadeira percepção dos novos textos constitucionais.

Sendo assim, percebe-se que, o papel do Poder Judiciário ganha uma evidência primorosa na conjuntura Estatal. Interessante porque o neoconstitucionalismo promove esse ideal, em contrapartida, o modelo garantista optava pela promoção de destaque do poder legiferante, mas diante de todas as evoluções supramencionadas, anteriormente, há uma mudança, substancial e paradigmática, de um sistema para o outro, pois inverte a prioridade.

Vislumbra-se que o papel exercido pela supremacia da lei é passado por detrás da Constituição, haja vista que a normatização da Constituição, assume o

status de supremacia para que os direitos fundamentais e o regime democrático sejam preservados.

Conquanto, não podemos olvidar que a dogmática apresentada no presente trabalho não assumiu, ainda, o caráter de modelo instituído pelo ordenamento jurídico, sendo assim, o que estão presentes são alguns dos ideais propostos pela nova teoria, já irradiando o sistema. Em razão disso, surgem as críticas, pois há uma incompatibilidade sob o soslaio positivista, para com o instituto, ora apresentado, o famigerado neoconstitucionalismo.

Eis que exsurge a crítica: O Judiciário vive uma disfunção de sua atividade, propagada pelo ativismo judicial e o protagonismo assumido na esfera estatal, bem como a indagação: O garantismo é compatível com a referida disfuncionalidade?

Importante frisar que, tanto o garantismo como o neoconstitucionalismo, é corolário às transformações históricas do constitucionalismo do segundo pós-guerra, designando um novo modelo de teoria do direito a ser seguida.

Para Luigi Ferrajoli (2012, p. 101) ambas as terminologias adotadas são equivocadas, haja vista o termo “constitucionalismo” vem do léxico político e não jurídico, nesse sentido, propõe uma terminologia diversa, mas correlata à ideia proposta pelos sistemas, sendo elas: Estado Legislativo de Direito e Estado Constitucional de Direito, respectivamente.

O Estado Constitucional de Direito, – o neoconstitucionalismo - parte de uma idealização de um constitucionalismo argumentativo/princípioalista que, promove a relação entre direito e moral, a existência dos princípios de justiça que, resultam no ideal de constitucionalismo ético.

O ideal de que as normas constitucionais, em sua maioria, se amoldam nos quesitos de princípios, que, por sua vez, são estruturalmente diferentes das normas, e, por isso, trazem uma previsibilidade de conflitos aparentes, pois se referem a valores constitucionais. E, por fim, a primazia à argumentação jurídica, a ponderação, desempenhada pelos julgadores.

A condescendência à estrutura é o ativismo judicial propagado pela crítica.

Nota-se que o positivismo amparado pelo sistema garantista, ou como prefere Ferrajoli, Estado Legislativo de Direito, refuta toda a tese estruturada pelo

neoconstitucionalismo, não há compatibilidade, logo, há crítica. No entanto, a crítica resta infrutífera, pois, recai numa dissociação epistêmica do sistema, portanto, considera-se o garantismo, antítese ao neoconstitucionalismo, sendo assim, explica-se a disfunção da atividade jurisdicional de forma acrítica, em razão da não compatibilidade de um sistema para com o outro. (FERRAJOLI, 2012, p. 101)

3.1 O Protagonismo do Judiciário

Concluído que a querela gira em torno da transição entre o positivismo garantista para o neoconstitucionalismo provoca uma verdadeira reconhecimento dos paradigmas jurídicos, pois estamos tratando de um novo modelo de Estado, que exige uma nova concepção teórica do direito.

Passemos, portanto, a análise essencial do protagonismo judicial, ou, se preferirem, do ativismo judicial.

Pois bem, com a proposta do neoconstitucionalismo, é da própria natureza do instituto se destacar no cenário estatal, como já dito, anteriormente. No entanto, é necessário dizer que, o Judiciário se posiciona no sentido de viabilizar a máxima dos direitos fundamentais e do regime democrático de direito. Fator que leva a crítica, a propor uma revisão da teoria da separação dos Poderes.

Observa-se que, a atuação do Judiciário sob um prisma de garantias constitucionais, resulta na judicialização da política, na medida em que o Judiciário é chamado a intervir em questões, inclusive, de natureza política que, em tese, ameaça o sistema da tripartição dos poderes.

No entanto, partindo do ideal proposto pelo instituto defendido, esse protagonismo é inerente ao sistema, nota-se que este é amparado por uma estrutura argumentativa e principialista das decisões que só podem ser realizadas pelo Judiciário, e isso se difunde na concepção de eficácia das garantias propostas pela própria Constituição.

Contrariamente o positivismo garantista se volta à ideia de combate a esse protagonismo, mas esse combate se fundamenta na estrutura de um positivismo jurídico que tem como protagonista principal a supremacia da legislação, sendo assim, de fato, é necessário refutar um posicionamento que desvanece a sua própria estrutura, alterando a dialeticidade pretendida.

Mas observa-se que a crítica surge em razão do paradigma sustentado pela nova dogmática.

Historicamente o ativismo judicial surge no sistema jurídico norte-americano, onde os precedentes eram as principais fontes do direito, sendo assim, o papel desempenhado pelos julgadores, resultava na própria criação do direito.

Willian Marshall (2002, p. 101-140) apresenta um rol contendo sete modelos de ativismo judicial, sendo eles: ativismo contramajoritário, ativismo não originalista, ativismo de precedentes, ativismo jurisdicional, ativismo criativo, ativismo remediador e o ativismo *partisan*.

Fato é: independentemente de qualquer das modalidades atribuídas, segundo o positivismo garantista, estamos diante de uma disfunção da atividade jurisdicional concebida pela Constituição.

O reflexo mais significativo do ativismo, se origina após o segundo momento pós-guerra, quando há a implementação dos Direitos Fundamentais, somado ao papel estratégico adotado pelos Tribunais Constitucionais, que, pautados na lei fundamental, preconiza a ascensão dos valores.

Com o processo de constitucionalização, ao final da década de 90, os Tribunais passam a exercer o papel de intérpretes da Constituição, em decorrência do descobrimento da Constituição e de seus princípios. Ademais, após a emenda constitucional de nº 45, há um estímulo, considerável, em relação aos posicionamentos ativistas que, não mais alcançam somente o Supremo Tribunal Federal, mas sim se irradia por todos os demais órgãos julgadores que compõe o sistema.

Para Luís Roberto Barroso (2017, p. 279), “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”. Ou seja, reconhece o ativismo judicial como tendência promovida pelo neoconstitucionalismo, na busca incessante da concretização da constituição, a partir das teorias da argumentação.

Ainda sobre o assunto, aduz Barroso (2017, p. 290):

Tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de

representividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

Fato é: o ativismo judicial, contrariamente as disposições do constitucionalismo garantista, é que confere aplicabilidade às normas fundamentais tuteladas, no cenário atual. A evolução histórica social reclama, justamente, por uma interpretação que confira eficácia ao direito preterido que, resulta numa sociedade justa.

O ativismo tão admoestado, em 2009, ao julgar a apelação-crime nº 70029175668, conferiu aplicabilidade e eficácia ao preceito fundamental da dignidade humana, e ao direito constitucional de responder à pena que lhe fora imputada, sem maiores violações.

A Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, determinou o cumprimento da sentença destinada ao seu jeito condenado pela prática de roubo, apenado em 04 (quatro) anos e 03 (três) meses de reclusão em regime semiaberto, a ser cumprida em regime-domiciliar, em razão da situação caótica enfrentada pelo sistema penitenciário brasileiro. Ocasão essa que perduraria, enquanto, o Estado não assegurasse os direitos do apenado, previsto pela Lei de Execução Penal.

Perceba-se que, no caso em concreto, a própria estrutura regulada pelo sistema garantista, não possui aplicabilidade, tendo em vista que falta estruturação proposta. Ou seja, fora necessária uma intervenção ativista do Judiciário para inibir violação de direitos, com base na falta de preparo do Estado em garantir suas recomendações.

Como bem lecionado por Barroso, tem sido parte da solução e não do problema. Nos parece que a ideia é que, desde que a segurança jurídica do ordenamento esteja sendo respeitada, o resto que se adeque a sua maneira, mesmo que isso signifique uma opção à margem da lei.

Em suma, cumpra-se ressaltar, que a defesa do instituto não se pauta em um protagonismo judicial desmedido, mas que esse ativismo seja pragmático, capaz de alcançar a verdadeira eficácia da norma, desde que, observados os critérios de racionalidade e fundamentação das decisões emanadas pelo Poder Judiciário. – Que serão analisados, pormenorizadamente, no capítulo que se segue.

A crítica ainda avança no sentido de que o ativismo judicial se resume a uma interpretação oriunda da consciência do julgador, com base em uma convicção voluntarista, marcada por uma imprevisibilidade que consiste na liberdade de conduzir a decisão por qualquer parâmetro, fragilizando a integridade do direito.

Mas essa questão pode ser modulada, guardando observância com os precedentes, com uma técnica racional de ponderação e argumentação, ou seja, há um caminho a ser seguido, para equilibrar os dois polos, quais sejam: a segurança jurídica do sistema e a eficácia na aplicabilidade do direito. Mas não há uma fórmula que se coadune perfeitamente ao sistema atual, tanto na resolução dos imbróglios, como na concessão de eficácia da norma tutelada.

Se para concretizar a eficácia dos direitos constitucionais e fundamentais, confere aos julgadores a discricionariedade para encontrar o justo em análise aprofundada da própria lei, e não como preferem, em detrimento desta, pois bem, que seja bem-vindo, e que efetive a eficácia almejada na instituição de uma sociedade justa.

Outro questionamento importante, acerca do tema, é sobre o ativismo judicial levar a prática decisionista do juiz em criar direitos. Cumpre ressaltar que, não se trata de uma interpretação dos princípios e das regras compostas no ordenamento que, resulta na criação de um novo direito, mas o neoconstitucionalismo se volta a uma interpretação da própria lei ou dos princípios, seja por meio de subsunção, seja por meio de ponderação, a ideia é que se chegue a um resultado justo, que, promova a aplicabilidade e eficácia da norma, e para tanto, se faz necessário da serventia do próprio direito objeto do conflito.

Contrariamente ao que propõe a crítica, de o ativismo judicial ser desdobramento do neoconstitucionalismo, o que levaria à percepção de insegurança absoluta. Todavia, um dos preceitos fundamentais do instituto é justamente, que, a atividade dos juízes seja limitada pela lei, que, por sua vez, está vinculada à Constituição.

Ora, não se trata de uma liberdade absoluta. O ativismo judicial é bom no sentido de que se faz necessário para a teoria da argumentação, mas isso se delimita nos parâmetros da Constituição.

Em suma, percebe-se a crítica sobejamente se excede quando se trata da estruturação do instituto, com o intento, exclusivo, de refuta-lo.

E, por fim, são justamente os princípios que fundamentam a carga hermenêutica do direito, desenvolvido pelos julgadores, sendo assim, há uma necessidade intrínseca de um ativismo para promover a resolução de conflitos na sociedade.

3.2 O Pan-Principiologismo

O pan-principiologismo segue como um desdobramento do protagonismo judicial, haja vista que segundo a crítica, o protagonismo ocorre em decorrência da máscara da subjetividade propagada pelos princípios.

Lenio Luiz Streck (2011, p. 50) é um dos críticos à essa tendência:

O uso da ponderação como um verdadeiro princípio, decorre de um fenômeno muito peculiar à realidade brasileira, que venho denominando pan-principiologismo. Em linhas gerais, o pan-principiologismo é um subproduto do constitucionalismo contemporâneo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse pan-principiologismo faz com que – a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais – haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional.

Percebe-se que a crítica se dá em razão de determinadas decisões dotadas de posturas voluntaristas que distorcem o caráter dos princípios, e, por conseguinte, a interpretação realizada por meio do ativismo.

Considerando que a Constituição Federal é marcada pela vasta aplicação de princípios, há de se considerar que esses princípios vivem se esbarrando, sejam entre si, seja com as regras. Sendo assim, o Judiciário é reclamado para resolver o conflito, ora instituído. Ocasão em que o ativismo é exercido por meio de uma interpretação sistêmica. Nesse ínterim, a decisão final corrobora para um estado, denominado, de pan-principiologismo, ou, como prefere os críticos, o famigerado: Oba-Oba Principiológico.

No entanto, diante de um embate entre princípios fundamentais/constitucionais, resulta no balanceamento originado por um princípio maior, qual seja: O princípio da proporcionalidade, que, por sua vez, se desdobra em mais três princípios, sendo eles: o princípio da adequação, da necessidade e da

proporcionalidade, – que serão objetos de estudo no capítulo seguinte – princípios esses aliados ao mandamento de otimização do direito.

Cumprido ressaltar que, essa estrutura é válida, desde que, o Judiciário esteja diante de um conflito que, só pode ser solucionado por meio da ponderação, observando, contudo, sempre a efetividade dos direitos. Não podendo ser utilizado como coringa pelos julgadores, se abstendo de qualquer fundamentação plausível, baseado, tão somente, no “livre convencimento motivado”, visto que essa prática é que tem deturpado o sistema e conferido incontáveis críticas, em razão de um erro incalculado, daqueles que, fazem mau uso dos mecanismos disponibilizados pelo sistema, para se alcançar um direito justo.

É cediço que quando se aplica princípios na resolução de determinado litígio, ou ainda, quando estes entram em confronto, a decisão judicial se reveste em conteúdo de natureza moral, mas como já fora defendido, não há como dissociar a moral do direito, se tratando, portanto, de uma prática, plenamente, válida.

Ademais, supramencionar que embora, haja um arcabouço repleto de normas instituídas para resolução de conflitos, bem como para regular a vida em sociedade, como já demonstrado, estas não são suficientes, dada a sua impotência em prever e regular todas as ocasiões da vida.

Partindo dessa premissa, não podemos anuir à ideia de que, o papel do magistrado se limita a aplicar uma regra, supostamente, pré-estabelecida pelo sistema, diante de uma situação concreta. Pois a questão recaí na seguinte indagação: E quando a regra não traz previsão de como solucionar o litígio? Ou ainda, quando ela se contradiz com as regras de caráter fundamental?! Qual seria a postura do magistrado, então, ao se deparar com uma situação em que dependesse de análise, acerca de conteúdos dotados de princípios, ou, de conteúdos de normas abertas, se a própria Constituição, traz como previsão expressa a inafastabilidade da jurisdição?

Repise-se, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, dispõe: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça à direito”. Os julgadores, nem sempre, encontrarão uma medida pronta para ser aplicada à determinada situação, é necessário que, se admita uma postura de coparticipação na criação de direitos, por parte dos magistrados.

No entanto, tal admissão, não significa que essa valoração na elaboração na interpretação de um direito que, atenda às necessidades reclamadas,

não pode se pautar num decisionismo involuntário. Por se tratar da busca de uma regra capaz de conceder a eficácia da norma propagada, dá-se a necessidade de uma fundamentação provida de racionalidade e critérios objetivos ainda maiores, pois quanto maior a necessidade de interpretação, obrigatoriamente, maior deve ser a carga de argumentação sob a decisão.

Refutando, portanto, qualquer decisão pautada em critérios pessoais, emotivos, ou, na simples invocação do princípio “A” ou “B”, tendo em vista que essa adulteração é que figura como objeto da crítica.

Em vista disso, desde que a decisão conferida após, a análise de princípios contrapostos, se pautar em critérios axiológicos demonstrados, e coerentes com a estrutura do ordenamento jurídico, é uma prática perfeitamente, válida, que a meu ver, não fere, em hipótese alguma, a segurança jurídica do sistema.

Questão essa muito bem observada por Teresa Arruda Alvim Wambier (2008, p.135 e 151):

Essa criatividade há de se dar na busca de elementos dentro do sistema, principalmente o norte fornecido pelos princípios constitucionais, em que se encampam valores tidos pela sociedade e jamais fundamentos que se liguem à convicção ou (pior!) aos interesses pessoais daquele (s) que deve (m) decidir.

Exercendo o juiz a sua criatividade, há de fazê-lo de modo neutro, ou seja, valendo-se dos valores encampados pelo direito vigente, sob a forma de princípios fundamentais, em sua grande maioria constantes do texto constitucional, e não de acordo com as suas concepções pessoais a respeito do que deva ser a decisão acertada para o caso.

Vislumbra-se que, diante do caso em concreto, é necessário que seja conferido o real valor do seu direito, mas isso só pode ser concebido pelo intérprete, após uma conexão entre a decisão proferida e o impacto causado por ela na sociedade, sendo observada essa proposição, alcança-se um significado objetivo para tal aplicação, extirpando qualquer resquício de subjetivismo empregado.

4 A SUPREMACIA DOS PRINCÍPIOS REESTRUTURANDO O SISTEMA

O neoconstitucionalismo ao propor a supremacia da Constituição, altera, substancialmente, diversos campos do direito, dentre as alterações, trata-se, especialmente, da interpretação normativa da constituição, bem como das normas esparsas.

Estabelecer critérios para proteção de valores emanados pela Constituição, a partir de técnicas de ponderação é inerente ao sistema, no entanto, convém ressaltar que, esse critério de ponderação é muito mais complexo do que a mera subsunção, pois os valores sociais envolvidos se referem, inclusive, à proteção dos direitos de minoria, sendo assim, merece uma atenção especial.

Ademais, a importância da normatização da Constituição e dos princípios constitucionais, resulta na necessidade de reestruturar o sistema, proporcionando que a sociedade como um todo, entenda a técnica aplicada, no intento de se promover uma segurança jurídica que, atenda tanto a segurança jurídica como a segurança social.

Diante do cenário que se apresenta, em razão do neoconstitucionalismo, faz-se necessário que o direito se adeque a nova estrutura trazida por essa teoria. Nesse momento, dá-se a necessidade de uma teoria hermenêutica capaz de conceder todas as respostas necessárias para um campo interpretativo.

Para Gustavo Zagrebelsky (1995, p. 109):

La superación del Estado de derecho legislativo lleva consigo importantes consecuencias para el derecho como tal. Se puede decir, em general, que las dos 'separaciones' de la ley de las que hasta aquí se ha hablado – la separación de los derechos y la separación de la justicia – han dotado de enorme relevância a uma distinción estructural de las normas jurídicas no desconocidas en el pasado, pero que hoy, em el Estado constitucional, debe ser valorado mucho más de cuanto lo haya sido con anterioridad.¹⁴

Percebe-se que a valoração da constituição, atualmente, é imensurável, sendo assim, os parâmetros observados por ela devem ser respeitados.

¹⁴ A superação do Estado Legislativo de direito leva consigo importantes consequências para o direito. Pode se dizer, no geral, que as separações da lei que até aqui fora mencionado – a separação dos direitos e a separação da justiça – possuem uma enorme relevância e uma distinção estrutural das normas jurídicas não desconhecidas no passado, mas, que, hoje, no Estado Constitucional, deve ser valorado muito mais valorizado do que era anteriormente. (tradução livre)

As dúvidas que circundam o direito atual, acerca das normas que, se apresentam como princípios e daquelas que se apresentam como normas, mas mesmo assim, ora ou outra se confundem pela forma que se apresentam, deve ser amparada por uma técnica de supremacia e ponderação.

Percebe-se que diante de toda essa transição, são os princípios que conferem ao direito, o alcance de normatização de questões que, outrora figuravam apenas no mundo teórico. No mais, criam resoluções diversas para um mesmo conflito, observadas por perspectivas diferentes que refletem numa solução diversa, conferindo assim aplicabilidade e eficácia ao direito preterido.

Mas considerando que, estamos tratando os princípios como norma jurídica, resulta possível, vislumbrar, a necessidade de um campo teórico muito mais sólido e eficaz para que, o intérprete não se paute, única e exclusivamente, no seu conceito pessoal de justiça, não abrindo, portanto, margem para o que a doutrina, convém denominar de oba-oba-principiológico. – como tratado anteriormente.

A supremacia da ponderação consiste no fato de somar os princípios e a ponderação à subsunção – já utilizada no âmbito das regras – ao processo de interpretação, mas isso torna o processo de interpretação muito mais dificultoso, portanto é necessário conflitar os direitos contrapostos, aperfeiçoar as técnicas de ponderação, na busca de um direito justo, tal como apregoado pelo neoconstitucionalismo.

Conforme observa Luis Pietro Sanchis (1998, p. 48)

Tal vez los principios sean uno de los últimos y más vistosos artificios fabricados por lo juristas, capaces de servir por igual a malabarismos conceptuales que a propósitos ideológicos, de valer lo mismo para estimular una certa racionalidad argumentativa que para encubrir las más disparatadas operaciones hermenêuticas. Y, quizá por ello los principios no gozan de la misma fama u opinión em todos los círculos jurídicos (...)¹⁵

Ao passo que se admite a normatização dos princípios constitucionais, há que se considerar que, uma vez consolidado se permite a sua aplicação direta, sendo assim, há possibilidade de conflito entre princípios e princípios, ou ainda entre

¹⁵ Talvez os princípios sejam um dos últimos e mais vistosos artificios fabricados pelos juristas, capazes de servir por igual a malabarismos conceituais que a propósitos ideológicos, de valer o mesmo para estimular uma certa racionalidade argumentativa que para encobrir as mais disparatadas operações hermenêuticas. E, talvez por isso os princípios não gozam da mesma fama ou opinião em todos os círculos jurídicos. (tradução livre)

estes e as regras, o que resulta numa vasta aplicação da razão jurídica argumentativa nos embates da ponderação.

Convém ressaltar que a admissão dos princípios pelo ordenamento jurídico, bem como a máxima da normatização destas, implica na admissão intrínseca do número de matérias que, o direito pode alcançar em razão dos princípios, tornando as lacunas do sistema quase inexistentes. Os princípios promovem o alcance do direito aos ramos mais remotos que se pode vislumbrar.

Muito embora, os princípios sejam normas de conteúdos abertos que, possibilitam raciocínios dotados de concepções subjetivas, moralistas, com brilhantes teses desenvolvidas pelo intérprete, há que se considerar que, em contrapartida pode ser identificado, inclusive, teses absurdas que figurem à aplicação de princípios, mas de qualquer forma, são pautadas no campo da interpretação e da ponderação. No entanto, não se pode olvidar de alcançar à máxima da proposta, desenvolvida pelo tão famigerado, neoconstitucionalismo, qual seja: à busca de uma decisão justa que alcance a eficácia pretendida pelo direito.

Verifica-se ainda, a íntima relação entre os princípios com conteúdo moral, nesse sentido, sustenta-se ainda a confiança voltada ao intérprete, enquanto julgador, ao consolidar justiça por meio da aplicação de princípios, ou ainda, dos princípios que devem se sobrepor em relação a outro, diante de um caso em concreto.

A análise das técnicas de interpretação dos princípios constitucionais que, se propõe o neoconstitucionalismo, enfrenta verdadeiras polêmicas, – como serão abordadas posteriormente – pois como já fora evidenciado, a interpretação recai numa conexão precisa entre direito e moral.

As técnicas preveem a afirmação de coerência entre estes valores, especialmente, à interpretação dos princípios em colisão, ou entre os princípios e as regras.

A busca de parâmetros essenciais para o processo de interpretação é para construir o melhor critério de interpretação, pautados na lógica e na racionalidade, se abstendo, portanto, de situações fáticas.

Todavia, não há que se desconsiderar as normas do sistema jurídico, ou deixa-las em segundo plano, o estudo aqui é para legitimar o uso da ponderação para aplica-la, diante de violações de direitos que incidem os princípios direta ou indiretamente.

Melhor elucidando, quando o direito de intimidade ou o direito ao sigilo das comunicações entra em confronto com o direito à vida de outrem, qual a melhor solução para resolução do litígio, considerando que há uma regra que proíbe, frontalmente, a utilização de provas ilícitas?

Não estamos propondo uma prática em que, os princípios se sobreponham, ou possuam uma carga de valor maior que as regras, mas, sim, que diante de qualquer violação que envolva direitos maiores preteridos que, se permita o uso da ponderação, uma vez que esta é a única capaz de trazer eficácia para o direito preterido, ainda que essa eficácia resulte na punição idealizada. Forma essa de se fazer direito, ou seja, de se alcançar o justo.

Nesse sentido, passa-se a análise das técnicas que fundamentam o uso da ponderação.

4.1 Técnica da Ponderação: Proporcionalidade e Razoabilidade

A técnica da ponderação fora desenvolvida em 1958, na Alemanha, na análise do famoso caso Luth, que deu origem à três parâmetros que moldaram o Direito Constitucional Alemão, qual seja: (a) A garantia dos direitos fundamentais não são garantias de direitos defensivos, se aplicam muito além da relação entre Estado e cidadão; (b) A aplicabilidade dos direitos fundamentais irradiam sobre todo o ordenamento jurídico; (c) Em razão de sua estrutura, valores e princípios, tendem às normas fundamentais se colidirem; - sendo assim só poderia ser solucionada pela ponderação, que, por sua vez, não pode ser considerada como ameaça à estrutura do ordenamento jurídico, e, sim, como forma indispensável para a prática jurídica.

Percebe-se que, não se trata de uma prática atual, desenvolvida pelo neoconstitucionalismo, pois fora utilizada desde a década de cinquenta, enquanto o direito à liberdade de expressão e o artigo 826 do Código Civil Alemão, entrava em colisão, optando, portanto, pelo direito fundamental à liberdade de expressão, como forma de efetivação de direito. Premissa essa que o neoconstitucionalismo repousa.

Proporcionalidade está voltada aquilo que é proporcional. Proporção, por sua vez, se volta à um conteúdo de harmonia, simetria, uma ideia de medida adequada a situação fática existente.

No entanto, convém mencionar que, os direitos fundamentais, bem como os princípios constitucionais, não são absolutos, sendo assim, podem ser

limitados quando em confronto com normas ou princípios constitucionais de outra dimensão. Independentemente da força que lhes conferem, são por sua natureza, limitados.

Passemos, portanto, ao verdadeiro estudo das técnicas de ponderação. Conforme previsão de Ana Paula de Barcellos (2005, p. 92-145 e 300-302) o intérprete deve se ater às três fases distintas, quais sejam:

O primeiro passo consiste em identificar as normas, ou, os princípios que se enfrentam para, posteriormente, estabelecer os critérios capazes de promover uma solução que atenda os critérios de segurança jurídica ampla, ou seja, tanto do ordenamento, quanto social.

Seguindo as fases estabelecidas por Ana Paula de Barcellos, o próximo passo seria a análise das circunstâncias concretas da situação fática, bem como as discussões que circundam o tema, no que se refere à colisão entre as regras/princípios, conforme observados na fase anterior.

Ademais, a terceira e última fase, promove para uma decisão final que, será aplicada por intermédio da ponderação. Não obstante, essa fase comporta, ainda, três parâmetros metodológicos que merecem ser observados, consistentes em: (I) o intérprete deve guardar reverência à universalização dos argumentos empregados; (II) buscar uma solução que importe na menor quantidade de restrição, em relação aos elementos normativos em discussão; (III) se tratando de direitos fundamentais, não poderia o núcleo essencial que resulta no referido direito, ser preterido, se pautando a ponderação em critérios doutrinários e jurisprudenciais, envolvidos na questão.

Conquanto, toda e qualquer construção sistemática que, vise o respaldo da interpretação e/ou da ponderação, está condicionado a riscos como a inferência do subjetivismo, decisionismo e intuicionismo, que de certa forma ameaça toda a estrutura desenvolvida. Diante dessa verdade, a estrutura deve estar dotada de racionalização e objetivação, bem como a construção dos parâmetros materiais também devem ser ater aos requisitos de conformidade.

Sendo assim, as decisões proferidas pelo intérprete em nível de decisão judicial, não poderiam se escusar de fundamentação. No mais, devem estas se estender de forma a generalizar e gerar uma forma de precedente para as situações fáticas que se amoldem ao mesmo conflito originado.

Posto isso, cria-se uma estrutura dotada de previsibilidade e igualdade na aplicação do direito, restringindo, contudo, qualquer prática abusiva que possa incidir na decisão do intérprete, com base no seu senso comum de justiça.

Passando para a análise do embate ocasionado pelos direitos fundamentais, ao promover o juízo de ponderação, não se pode olvidar de se ater aos limites da igualdade, da proibição de excesso, ou da proteção da confiança, observando sempre a dignidade da pessoa humana, para que não se admita interpretações que sigam em sentido diverso ao tutelado como máxima pelo ordenamento. Uma vez observado tais requisitos se reverencia aos ditames do Estado Democrático de Direito.

Percebe-se que não há uma fórmula pronta que se aplique aos imbróglios que necessitam de um juízo de ponderação, sendo assim, não há que se falar em prioridade absoluta de um direito, ou ainda de um princípio sobre outro, portanto, o conteúdo de fundamento, deve ser de tal sorte que, seja capaz de se solidificar no ordenamento, seguindo para o seu aceite.

O ponto chave da ponderação reside no fato de que, não promove uma ideia de supremacia principiológica, como já fora mencionado não há uma fórmula pronta que, estabelece que o princípio “A”, prepondera sobre o princípio “B”, no entanto, não permite que a sua resolução se pautem em um campo abstrato, pois opta pela ideia de que a resolução se atém, ou, pelo menos deve se ater a uma relação de prevalência relativa.

Pois bem, é certo que devemos primar pela segurança jurídica, inclusive, nesse campo tão abstrato, todavia, pela própria natureza da interpretação reduzir à zero, o abstrato da questão, é quase o mesmo que admitir que, a lei é capaz de regular toda questão fática em sociedade.

A evolução social é muito instável, portanto, deve ser ressaltado que, muitas vezes, estaremos diante de questões que fogem à realidade do ordenamento. Inadmitir ponderação nesse caso, seria inadmitir uma resolução de um conflito fático, o que não nos interessa. Desde que observados os requisitos e fundamentação previstas nesse item, a interpretação pautada na ponderação, inclusive, nos campos da abstração, deve prosperar.

Luiz Guilherme Marinone (2006, p. 124-125) reconhece que, embora não se possam hierarquizar os princípios para uma resolução pronta diante de um conflito, defende a ideia de relação de prioridade *prima facie* entre eles. Sendo

assim, os direitos de liberdade e igualdade deveriam se sobrepor aos demais direitos fundamentais, considerando que estes são vetores para a promoção de um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, estaria o direito de liberdade de expressão acima do direito à honra, numa possível colisão, portanto, para inverter essa relação de preferência, necessitaria, obrigatoriamente, de uma carga argumentativa favorável capaz de favorecer um direito, em tese, menor. Ou seja, demonstrar que o direito de liberdade perde para o direito à honra em determinadas circunstâncias.

Essa tese se coaduna perfeitamente à proposta, embora, se trate de direitos consideravelmente maiores, numa análise minuciosa da situação fática, somada aos critérios que respaldam o juízo de ponderação, deve se primar pela eficácia do direito preterido.

Repise-se que não há uma promoção de um Estado principiológico que se sobreponha as regras, visto que se fosse assim estaríamos diante de uma tirania de valores, pois os princípios assumiriam um caráter absoluto em detrimento das regras que poderiam condicionar à queda do Estado democrático de Direito, o que não é a intenção. O intento aqui gira em torno de promover a eficácia do direito pretendido.

Tal questão resulta no que, a doutrina convém denominar de: postulado de concordância prática entre os valores tutelados pelas regras e os princípios. Essa concordância permite que as soluções encontradas em nível de interpretação e ponderação, alcancem o desenvolvimento da Constituição pautada nesses dois elementos.

Ademais, esse juízo de ponderação merece ser observado quando a colisão se fixa entre direito público e direitos individuais, restando a observância a critérios objetivos e aos critérios já mencionados, pois aqui também não há uma prevalência dos direitos individuais sob os direitos públicos ou vice-versa.

Optar por uma supremacia absoluta dos direitos individuais aos coletivos seria um tanto quanto perigoso, pois impediria a vida em sociedade, e o contrário colocaria em risco o direito à liberdade – direito esse inquestionável – e por consequência nos levaria a um totalitarismo.

Verifica-se que assumir um lado gera uma consequência que coloca o Estado Democrático de Direito em risco, portanto, cautelosamente, resta possível identificar que a ponderação se faz necessária, inclusive, nesse campo. Não abrindo

margem para resoluções prévias ou hierarquias que confrontem a dogmática, bem como a hermenêutica do juízo de ponderação/interpretação.

Passando mais adiante, os direitos fundamentais por serem considerados como mandamentos de otimização, não permitem que se excluam mutuamente. Ocasão essa que o postulado de concordância prática, ou, compensação menos gravosa, deve assumir o seu papel com o intento de encontrar a solução mais justa para o caso em concreto apresentado, atribuindo maior valoração à Constituição.

Conforme leciona Ronald Dworkin, (1998, p. 24-27):

Ambos apontam a determinadas decisões sobre a obrigação jurídica em circunstâncias determinada, mas diferenciam-se na orientação que conferem. As regras são aplicáveis do modo tudo ou nada. Se ocorrem os fatos que preveem, então ou a regra é válida, caso em que sua resposta deve ser aceita, ou não é, e não contribui em nada com a decisão (...) mas não é dessa maneira que operam os princípios (...). Nem mesmo aqueles que se parecem mais às regras estabelecem consequências jurídicas que se sigam automaticamente quando as condições previstas estão satisfeitas (...). Os princípios possuem uma dimensão que as regras não possuem: a dimensão do peso e importância. Quando há uma interferência entre princípios (...) quem há de resolver o conflito deve tomar em conta o peso relativo de cada uma (...). As regras não possuem essa dimensão.

Essa estrutura formal que consubstancia o juízo de interpretação/ponderação é regida por outros dois postulados, quais sejam: razoabilidade e proporcionalidade que, por ora, pretende uma organização entre os direitos fundamentais tutelados pela Constituição, de tal forma que, não seja necessário sacrificar um em razão de outro, mas como já fora tratado e ainda será abordada, a instabilidade e hostilidade da vida em sociedade, não consegue afastar a abstração do sistema, portanto, haverá interferências que o juízo de ponderação deverá atuar para a promoção da eficácia e justiça do direito.

A técnica de ponderação, nada mais é que uma subespécie do postulado da proporcionalidade. Os critérios de proporcionalidade e razoabilidade se originaram na Constituição Alemã e Norte Americana, ao longo das decisões conflituosas que se deparavam. No Brasil, a nossa Constituição traz previsão no artigo 5º, inciso LIV, a garantia do devido processo legal.

A diferença entre os dois mecanismos se dá pela sua estrutura e origem, vejamos: a razoabilidade exsurge, a partir de experiências norte americana em razão do devido processo legal substancial (*Substantive due process of law*),

enquanto a proporcionalidade se origina a partir das experiências jurisprudenciais do Tribunal Constitucional Alemão. No que se refere à estrutura, a análise da razoabilidade se finca entre os meios disponibilizados pelo legislador, tanto internamente quanto externamente. A proporcionalidade, por sua vez, possui uma estrutura pré-definida, constituída por três elementos distintos e interdependentes entre si, são eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o que, convém chamar de: as submáximas da ponderação.

Com base nessas premissas, a razoabilidade, tem por finalidade a imposição de uma condição material para aplicação individual de justiça, – base do neoconstitucionalismo – já a proporcionalidade consiste numa relação formal de meio e fim.

A razoabilidade surge a partir de uma interpretação do princípio da isonomia (Artigo 5^a, *caput* e §1º da Constituição Federal), tendo em vista que assume um papel de limitador substancial para o controle de constitucionalidade. O princípio visa um tratamento igualitário para os casos que possuem as mesmas características, e ainda um tratamento igualitário para os casos desiguais, no entanto, a dificuldade está em identificar quais casos se assemelham, e quais os casos que são contrários. Essa interpretação que visa estabelecer qual diferença é aceitável, e qual é desigual, resulta no que chamamos de: razoável.

A razoabilidade, por sua vez, se fundamenta numa justificação cabal. Observa-se que essa estrutura deve ser conferida pelo legislador, para que este não crie regras que venha ferir tal princípio, todavia, a estrutura pode ser empregada no processo de interpretação do intérprete/julgador, pois para sopesar os direitos conflitados, há que se pautar numa fundamentação razoável que, justifique a medida adotada, e para tanto se cria um juízo de valor acerca da situação.

Juízo de valor que será esmiuçado a seguir, pois se trata dos elementos da submáxima da proporcionalidade.

4.1.1 As submáximas da proporcionalidade

A proporcionalidade assume um papel de instrumento de controle contra os abusos, por meio de suas submáximas, são elas: (I) adequação; (II) exigibilidade ou necessidade; (III) proporcionalidade em sentido estrito.

Os elementos da proporcionalidade são aplicados subsidiariamente, ou seja, a segunda e a terceira submáxima só serão analisadas se superada a fase anterior, no intento de se chegar a solução mais plausível possível. Verifica-se que essa ordem é essencial para aplicação correta da proporcionalidade, ordem essa que, deve ser observado pelos Tribunais, que direcionam a jurisprudência pátria, que, por fim, resultaria na demonstração da seriedade da técnica adotada.

Segundo Robert Alexy, (1993, p. 112):

Como la aplicación e principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación em el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión com principios opuestos, está ordenada una ponderación. Pero, esto significa que la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental.¹⁶

Alexy já previa o juízo de ponderação no caso de princípios/direitos fundamentais conflitantes, ocasião em que condiciona o caráter da interpretação à parâmetros sólidos.

Convém ressaltar que as submáximas da proporcionalidade não são, necessariamente, observadas nas três esferas, pois a razão de uma subsidiariedade das técnicas, consistem justamente na natureza delas, pois a segunda só será observada, se a primeira obteve uma resposta positiva, assim como a terceira só será observada se as duas fases anteriores alcançaram êxito.

Melhor elucidando, o sacrifício de um direito fundamental só é legítimo, desde que adequado, fundamentado, ou desde que o meio adotado promova ou contribua com o fim pretendido. Ademais, o sacrifício do direito fundamental devendo percorrer a submáxima da necessidade, deve responder se esse é o único meio possível para chegar ao resultado pretendido, haja vista que se houver um meio menos gravoso esse deve perdurar.

A título de menção, a doutrina apresenta mais quatro elementos que, podem ser observados a partir da submáxima da necessidade, sendo eles: (I) exigibilidade material; (II) exigibilidade espacial; (III) exigibilidade temporal; (IV) exigibilidade pessoal. O primeiro critério, diz respeito ao meio utilizado para a

¹⁶ Como a aplicação de princípios válidos, quando são aplicáveis, está ordenada, e como para aplicação em caso de colisão se requer uma ponderação, o caráter de princípio das normas jusfundamentais implica que, quando entram em colisão com princípios opostos, está ordenada uma ponderação. Mas, isto significa que a regra da proporcionalidade em sentido estricto é dedutível do caráter de princípio das normas de direito fundamental. (tradução livre)

limitação do direito em questão, sendo que esse meio deve ser o moderado. O segundo critério, significa dizer que o âmbito da intervenção deve ser limitado. Já o terceiro critério, se refere à medida aplicável, que, por sua vez, deve ser delimitada no tempo, ou seja, a medida de coação não deve perdurar por tempo indeterminado sem uma decisão definitiva. E, por fim, a exigibilidade pessoal consiste numa limitação pessoal, ou seja, o direito fundamental restringido, não pode ultrapassar da pessoa do qual o direito merece ser sacrificado. A adequação e a necessidade analisam o conflito entre os direitos fundamentais diante de uma situação fática, sendo que não superadas as duas submáximas, não há que se falar em conflito entre os direitos fundamentais, logo, não há que se falar em ponderação.

José Carlos Vieira de Andrade, (1987, p. 223) lecionou com sabedoria, ao afirmar: “Exige-se que o sacrifício de cada um dos valores constitucionais seja necessário e adequado à salvaguarda dos outros. Se o não for, não se trata sequer de um verdadeiro conflito”.

Com base na submáxima da necessidade, o indivíduo que tem o seu direito conflitado por outro, tem o direito à uma abordagem menos restritiva para a obtenção do resultado.

Superado o questionamento passa-se a análise da terceira e última submáxima, que consiste na seguinte indagação: as vantagens trazidas pelo fim adotado justificam a restrição causada ao direito fundamental afetado de menor valor no juízo de ponderação? Sendo afirmativo o questionamento, a ponderação está pautada em parâmetros que, inibem um subjetivismo desmedido.

Joaquim José Gomes Canotilho (1998, p. 263) leciona:

Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

Repise-se que ainda que, uma medida seja adequada e necessária na análise do terceiro elemento, que consiste no sopesamento entre o direito fundamental preterido que se pretende valorar em detrimento de um direito fundamental restringido, é de fundamental importância no exercício da interpretação. Portanto, o peso do direito fundamental que se pretende valorar deve ser maior, do que aquele que será restringido para que, este primeiro alcance sua eficácia. Do

contrário ela é desproporcional, não devendo o direito fundamental ser restringido em razão de outro, tendo em vista que, não há que se falar em conflito.

Se tratando de ponderação, de conflitos entre princípios e/ou direitos fundamentais, há que se falar na admissão de um juízo de valor, bem como na necessidade de aceitação de que o resultado almejado só será alcançado, desde que se reconheça que o julgador é altamente qualificado e competente para assegurar um direito fundamental que se mostra gravemente violado.

Eduardo Cambi (2011, p. 473) aduz:

Quanto maior o nível do direito fundamental afetado, quanto mais severa a intervenção que se ameaça, quanto mais intenso o perigo, quanto menores as possibilidades do seu titular para uma eficiente autoproteção, e quanto menores os direitos contrapostos, tanto mais será de reconhecer um dever jurídico-constitucional de proteção.

O instituto defendido no presente trabalho repousa nessa estrutura, conferindo, portanto, maior aplicabilidade aos direitos fundamentais. Retirando-os de um catálogo meramente ilustrativo e garantindo a segurança jurídica, tanto quanto social, almejada pela sociedade. Ampara-se o neoconstitucionalismo nos mecanismos mais sofisticados e significativos, no intento, único de promover a efetivação de direitos, notadamente, naqueles que são fundamentais.

Em suma, a técnica da ponderação, visa uma solução que prima pelo justo, e não qualquer solução. Um ordenamento pautado num paradigma que prime pelo justo, promove uma satisfação social indubitável. Esse é o propósito.

4.2 A Heterointegração da Norma Jurídica Como Critério Intersubjetivo

A proposta de fato é a preponderância de uma avaliação individual e concreta, legitimando, portanto, a argumentação, interpretação e ponderação. Todavia, essa avaliação não poderia se caracterizar somente pelo critério subjetivo do julgador, haja vista que a sociedade - para o qual o direito é destinado - ficaria sem respostas acerca do critério utilizador, e por óbvio o instituto não poderia se pautar numa questão de concessão da efetividade desejada, sem, contudo, demonstrar os parâmetros balizadores para o resultado final.

Nota-se que a finalidade do instituto não é dispensar a segurança jurídica do ordenamento, ou coloca-la em outro plano, e sim, amplia-la de tal modo

que chegue a um nível mais coerente que atenda aos anseios do contexto social. Portanto, é de fundamental importância que haja critérios intersubjetivos que legitimem a análise casuística por meio de interpretação e ponderação destinadas ao julgador.

Podemos adotar os critérios de autointegração e heterointegração, assim denominado por Carnelutti na aplicação da interpretação da norma jurídica.

Tais critérios são utilizados no intento de completar o ordenamento jurídico recorrendo a ordenamentos diversos e as faculdades que não se restrinja a lei. A finalidade implica na obrigação, do juiz de recorrer, diante da lacuna apresentada pelo ordenamento jurídico, às fontes do direito natural.

As correntes jusnaturalistas apresentavam um ideal de sistema jurídico perfeito, pautado no direito natural, visto que o legislador parte da premissa de um direito *in natura* na sua concepção e, portanto, a interpretação deveria ser munida dessa carga natural, voltando à gênese da norma para chegar ao fim que se destina. Fundamento totalmente plausível na efetivação da norma, pois a referida efetivação está na busca idealizada na edição da norma, que lançada no rol de normatização muitas vezes, perde a sua aplicabilidade se não admitir uma interpretação casuística ou até mesmo o sopesamento de valores.

Nesse diapasão, Lênio Luiz Streck (2002, p. 48):

Pode-se dizer que o pensamento dogmático do Direito acredita na possibilidade do interprete extrair do sentido da norma, como se este estivesse contido na própria norma, enfim, como se fosse possível extrair o sentido-em-si-mesmo. Trabalha, pois, com os textos no plano meramente epistemológico, olvidando o processo ontológico da compreensão.

Deste modo seria um tanto quanto descabido prosseguir com a crítica de que, uma decisão pautada na interpretação do julgador está dotada de carga de discricionariedade judicial.

Prosseguindo com o parâmetro proposto pelo critério da heterointegração, ora sustentado acima é o critério ideal para o neoconstitucionalismo, visto que essa era a proposta apresentada inicialmente, mas após ser confrontado por um sistema garantista buscou se adequar aos moldes da lei, passando a admitir a heterointegração pautada no costume.

A defesa do critério se atém somente nos limites da heterointegração originária, fugindo da fonte legislativa se necessário, demonstrando que para garantir efetividade às normas, sobretudo àquelas de direito fundamental, implica no desapego de uma tradição garantista que se demonstrou insuficiente e defasada.

4.3 O Conflito Entre os Direitos Fundamentais

Conforme sabido, os direitos fundamentais conferidos pela Constituição Federal de 1988, em sua amplitude, assume o caráter de cláusulas pétreas, que nada mais são do que nossos herdeiros históricos, intocáveis e irrenunciáveis, que se desenvolveram por uma série de fatores históricos, originados no desenvolvimento social atual.

A máxima dos direitos consiste nos direitos fundamentais que, ora figuram como princípio, ora figuram como regras, no entanto, os direitos fundamentais só acionam o mundo jurídico quando estamos diante de uma violação, ou ainda, quando diante de determinadas situações fáticas, em razão das condições e da situação apresentada, a restrição de um direito fundamental é lícita.

Segundo Canotilho (2002, p. 287) os conflitos entre os direitos fundamentais se dão de duas formas:

[...] Ela pode se manifestar sob duas formas: a) cruzamento de direitos fundamentais, que acontece quando o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias e; b) acumulação de direitos, hipótese que um determinado bem jurídico, leva à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais.

A colisão ocorre quando um direito fundamental em exercício gera um prejuízo a outrem. Em razão de a Constituição ser ampla e tutelar diversos bens jurídicos que ora ou outra, se apresentam de forma contraposta resulta no conflito entre eles.

A indagação que surge, a partir dessa premissa, é a seguinte: Quais as limitações dos direitos fundamentais? Inicialmente, devemos estabelecer qual é o tipo de conflito que limita o direito, para, posteriormente, exercer a atividade de interpretação/ponderação nos ditames dos mecanismos que já foram objeto do presente estudo.

Vamos nos ater ao conflito direto entre os titulares de direitos fundamentais, à título de exemplificação, um conflito direto pode ser demonstrado pelo titular do direito de liberdade de imprensa e o direito à intimidade. Percebe-se que esses direitos se colidem quando a imprensa extrapola os limites e coloca em voga a intimidade sexual de um sujeito. – ainda que público – Nesse ínterim, há violação, há colisão, e, portanto, há ponderação, há sopesamento entre os direitos que levará à punição cabida, que, por sua vez, reflete na eficácia do direito preterido, ainda que por meio de punição.

Conclui-se, contudo, que nesse parâmetro – adotaremos essa modalidade de conflito para legitimar o capítulo seguinte - a limitação de direito fundamental é ocasionada em razão de uma violação, e, portanto, é justificada em razão da preservação de um direito que atribui peso maior ao exercício da ponderação, ainda que de forma indireta, como é o caso em que há violação.

Dessa forma, o ordenamento jurídico é chamado a intervir, no momento em que se constata uma violação do direito fundamental pretendido pelo indivíduo. Essa violação pode ser ocasionada tanto por um particular quanto pelo Estado.

O método usado na ponderação para garantir o direito fundamental em um conflito de interesses, agora é refletido numa decisão valorativa e qualitativa, que observam as circunstâncias objetivas e subjetivas jurídicas que circundam a situação fática.

A partir dessa análise, determinam-se quais os bens e valores jurídicos que estão em conflito para que possa chegar à uma decisão justa sobre qual direito deve preponderar.

Destarte que, enquanto houver normas abertas, haverá conflito entre os direitos fundamentais, haja vista que, estas, não se esgotam no plano da interpretação. Nesse sentido, José Carlos Vieira de Andrade (1987, p. 220):

[...] Haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta”. Assim, a colisão entre direitos decorre da proteção de vários direitos pelo mesmo documento.

Mais uma vez, demonstra-se a necessidade da técnica de ponderação para solucionar no plano fático essa colisão existente.

Essa técnica se mostrará indispensável, principalmente, no sopesamento entre um direito fundamental prejudicado, em que a única coisa que

legítima a eficácia do direito preterido, ainda que por meio de uma punição, seja uma prova ilícita. O que será objeto de estudo do último capítulo.

5 O INSTITUTO COMO FUNDAMENTO LEGITIMADOR DO USO DA PROVA ILÍCITA SOB A VERTENTE DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

Superado todo o teor da proposta sugerida pelo neoconstitucionalismo, passemos, por fim, a proposta do último tema do presente estudo. A legitimação da prova ilícita através do instituto, no intento, único, de promover a eficácia do direito preterido.

Tendo em vista que o instituto prima pela eficácia do direito, pela máxima da Constituição, no âmbito dos direitos fundamentais, bem como pela segurança almejada pela sociedade, ou seja, uma segurança que promova tanto a segurança jurídica, como a social, nos deparamos com um conflito de interesses, que só poderá ser resolvido por meio da técnica de ponderação, e a observância da relação entre direito e moral e os demais mecanismos que, já fora evidenciado.

O intento em legitimar o uso da prova ilícita, não significa abrir margem para violação de direitos, constitucionalmente, protegidos, tampouco, legitima-la sem qualquer parâmetro de limitação. Contrariamente, a admissão da prova ilícita, só deverá ser justificada, quando o sistema jurídico se deparar com uma violação maior. Violação essa que ficará demonstrada, a partir da utilização das técnicas de ponderação, que, por sua vez, se respalda na efetivação de direitos.

Ao passo que o neoconstitucionalismo confere normatização à Constituição, está promovendo um ideal de aplicabilidade, inclusive dos princípios. Pensemos, portanto, no direito à vida, ou a dignidade da pessoa humana, em contrapartida, numa forma que viole o direito fundamental do ser humano: o direito à vida. O Código Penal Brasileiro, no artigo 121, trata essa violação como homicídio/crime, é certo que o legislador atribuiu uma punição àquele que violar a regra, mas essa punição só será aplicável, após um processo que confira, contraditório e ampla defesa, e, por fim, ao final, seja atribuída a pena ao caso concreto, ocasião em que estaria o direito sendo efetivado, ainda que pelo objeto da punição.

Todavia, se a única prova existente no processo capaz de demonstrar a materialidade e/ou autoria do crime para que a violação seja punida, for obtida de forma ilícita, ou, ainda que derivada de ilicitude, o atual ordenamento jurídico, à rejeitaria de plano. Não há que se falar em prova ilícita no processo penal brasileiro.

Independentemente do que isso signifique, ou ainda, independente, do efeito causado por essa rejeição à nível social, o ordenamento brasileiro não aprova.

Se tratando de uma dogmática que prima pelo justo e pela segurança jurídica social, conferida após a resolução de um conflito emanada pelo Poder Judiciário, que efetivamente concede eficácia ao direito, é certo dizer que, podemos flexibilizar essa regra para promover um Estado de Direito que, corrobore com a credibilidade do sistema.

Sendo assim, diante de uma violação de direito fundamental, que, logo após, seja apurada na esfera processual uma colisão de direitos fundamentais, que precisará ser analisada para, somente, então, falarmos de efetivação de direitos no âmbito da punição, sendo o instituto regido pela eficácia do direito, qual direito preponderaria numa situação fática em que, direito à vida fora violado e a única prova que se obteve fora em razão da violação do direito à intimidade, decorrido de uma interceptação telefônica não autorizada?

O que nos parece justo, moral, ético, ou até mesmo, qual o direito, quando sopesado por meio das técnicas da ponderação se justificaria? O direito à vida, ou, a intimidade do violador?

É cediço que o nosso Código de Processo Penal é o mais garantista possível, no entanto, estamos tratando de uma proposta que figura como máxima a Constituição, posto isso, diante de uma violação de direito fundamental maior, – artigo 5º caput da Constituição Federal - este deve perdurar. É o que iremos apurar no intento, de legitimá-lo.

Por meio das provas, o Estado apura a verdade dos fatos para que se atinja a sua finalidade, logo, o processo sem provas, não alcança sua finalidade. Implicitamente o direito à prova está contido no princípio do contraditório, disposto no artigo 5º, inciso, LV¹⁷, da Constituição Federal, contudo, não é absoluto, o inciso seguinte, dispõe, acerca da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo.

De fato, a natureza da dogmática apresentada visa pela efetivação de direitos, portanto, na análise dessa colisão, a prova ilícita poderia sim ser admitida. Repise-se que a admissão deveria passar por todos os critérios expostos acima, para não configurar o inverso do pretendido, que seria violação de direitos e não efetivação deles.

¹⁷ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

É nesse sentido que, Ada Pellegrini Grinover (1992, p. 33) leciona:

Embora se aceite o princípio geral da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, propugna-se a idéia de que em casos extremamente graves, em que estivessem em risco valores essenciais, também constitucionalmente garantidos, os tribunais poderiam admitir e valorar a prova ilícita. À primeira vista, a Constituição brasileira parece impedir essa solução, quando não abre nenhuma exceção expressa ao princípio da proporcionalidade [...]

Percebe-se que repudiar de plano o uso da prova ilícita no processo, sem ao menos, analisar a situação fática envolvida, pautada numa “segurança jurídica” que, no meio social, não se justifica, nos parece, um tanto quanto irracional. Portanto, é nesse sentido, que o neoconstitucionalismo, legitima o intérprete, para que por meio das técnicas da ponderação, admitindo o sopesamento entre os direitos colidentes, sejam aplicados para alcançar a finalidade pretendida.

O Processo Penal é regido pelo princípio da verdade real, sendo assim, o parâmetro consiste em encontrar a verdade dos fatos, para tanto, é necessário que se admita um campo de provas amplo. O intérprete, embora deva se ater aos parâmetros legais instituídos pelo ordenamento, deve, obrigatoriamente, encontrar meios para que o verdadeiro violador do direito preterido sofra a devida punição.

A prova é considerada ilícita quando afronta os parâmetros estabelecidos pela lei processual penal, - normas de caráter material - tendo em vista que caracteriza a sua ilegalidade. Observa-se que as violações das normas previstas ocorrem no momento da colheita da prova.

Existe uma teoria, desenvolvida pela suprema corte norte-americana, denominada de Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados, trata-se das provas que decorrem de ilicitude. A doutrina e a jurisprudência majoritária, não admitem, sequer o uso de uma prova lícita, originada em razão de uma ilícita. No entanto, existem alguns posicionamentos, admitindo, contudo, duas exceções: (I) A prova obtida em razão de uma ilícita, valeria, desde que, a ilicitude fosse minimamente relevante, a chamada, fonte independente; (II) A prova será admitida, desde que esta, pudesse ser obtida por qualquer meio lícito, ou seja, de qualquer forma se chegaria à prova.

A Teoria ganhou tanta repercussão, que a Lei nº 11.609/2008, inclui as duas possibilidades de admissão no artigo 157 do Código de Processo Penal, que dispõe:

Art. 157: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º: São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Contudo, percebe-se que essas exceções não são suficientes, tendo em vista que, estamos tratando de direitos fundamentais, altamente tutelados, que foram violados de tal forma que abala a sociedade, e a razão da não aplicação da pena imposta, se dá em razão de um conflito entre direitos fundamentais que ocupa uma valoração menor.

A ideia que se propõe é que, para casos mais graves, que geram um repúdio maior na sociedade, como homicídio, latrocínio, estupro, feminicídio, entre outros, o juízo de ponderação por meio do princípio da proporcionalidade assuma os parâmetros da admissibilidade da prova ilícita, se ao processo for trazido – pelas partes – uma prova ilícita que é a única capaz de comprovar a veracidade dos fatos, bem como conferir a efetivação dos direitos em tela.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a questão, observa-se:

Está muito em voga, hodiernamente, a utilização *ad argumentandum tantum*, por aqueles que perpetram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. Pasmem, ceifam vidas, estupram, seqüestram, destroem lares e trazem dor a quem quer que seja, por nada, mas depois, buscam guarida nos direitos humanos fundamentais. É verdade que esses direitos devem ser observados, mas todos, principalmente, por aqueles que, impensadamente, cometem os censurados delitos, trazendo a dor aos familiares das vítimas (6ª T., RHC nº2.777-0/RJ, Rel. Min. Pedro Aciole, Ementário STJ, nº8/721).

Confere-se que a pugnação pela não admissibilidade em razão da ofensa à Constituição, chega a ser paradoxal, pois, como já fora evidenciado, a técnica de proporcionalidade, razoabilidade e ponderação figuram como suporte na resolução de conflitos, notadamente, na colisão entre direitos fundamentais.

Nesse sentido, esclarece Sebastián Borges de Albuquerque Mello (2007, pág. 204):

O princípio da proporcionalidade, ligado aos Direitos Fundamentais, possui, para Larenz, uma relação estreita com a ideia de justiça, tanto no exercício dos direitos como na imposição de deveres e ônus. Serve para estabelecer o equilíbrio de interesses contrapostos, tendo base a linha do menor prejuízo possível. Isso significa, a grosso modo, que se busca a justa medida na relação entre os homens entre si e das coisas submetidas à sua disposição. Tal princípio busca alcançar um ponto de equilíbrio entre os valores violados por uma prova ilícita, e o interesse de punir o indivíduo ou a asseguuração de seus direitos e garantias fundamentais.

Corroborando, portanto, com a tese apresentada no presente capítulo. Não há que se desconsiderar a situação fática envolvendo os direitos violados, tampouco, desconsiderar a colisão entre os direitos fundamentais.

Portanto, sim, o neoconstitucionalismo pela sua essência de efetivação de direitos, e por meio das técnicas apresentadas figura como instituto legitimador do uso da prova ilícita, desde que respeitados os parâmetros impostos e desde que essa seja a única forma possível de alcançar o objetivo principal. A ideia consiste em flexibilizar a regra por meio das técnicas de interpretação para alcançar o justo e promover a segurança social.

5.1 Direito de Intimidade do Acusado

Um dos principais conflitos entre direitos fundamentais que envolvem a prova ilícita se dá em razão da proteção ao direito de intimidade, – direito de intimidade do acusado – privacidade, inviolabilidade, dentre outras normas fundamentais.

Com expressa disposição no artigo 5º, inciso X¹⁸, da Constituição Federal, o direito a intimidade é inviolável.

Todavia, a partir do momento em que o sujeito tem a sua intimidade violada, em razão de um crime cometido por ele, em que a parte que teve o seu direito preterido obteve a prova que comprova a culpabilidade do agente criminoso, no âmbito da proporcionalidade e da ponderação, o direito à intimidade deve perder em razão do direito maior preterido.

Percebe-se que, independentemente, se estivermos tratando de uma violação ao direito de inviolabilidade de domicílio, ou a uma interceptação telefônica, não obtida pelo Ministério Pública ou pela Polícia Civil no âmbito das investigações,

¹⁸ [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

ou, ainda uma gravação ou escuta realizada pela vítima, ou por familiares deste, que viola frontalmente o direito à intimidade, não poderia ser invocado para isentá-lo de pena.

Percebe-se que houve uma violação maior, que gera impactos na sociedade, que, por sua vez, anseia por respostas. Embora a técnica de sopesamento entre os direitos não possua uma fórmula pronta para ser aplicada, é possível que, desde logo, se vislumbre que o direito preterido – dependendo da situação fática que deve ser muito bem analisada e valorada – em detrimento ao direito à intimidade, sempre deverá perder espaço para aquele maior, em razão da efetividade do direito e da busca pelo justo.

Os institutos já estudados devem ser aplicados nesse embate para que, o sistema esteja em conformidade com os parâmetros propostos pelo neoconstitucionalismo, quando o direito a intimidade perder espaço para um direito maior.

5.2 Os Parâmetros de Justiça Pautados nos ditames da Segurança Social

Superando as discussões apresentadas, passemos, portanto, à análise da aplicação defendida, a partir dos ditames da vida social.

Observa-se que a sociedade prima pelo justo. É certo que nem sempre é possível chegar a um denominador comum, acerca daquilo que é justo, pois a concepção de justiça varia de indivíduo para indivíduo. Todavia, existe um parâmetro geral de justiça que pode ser extraído pelo homem médio. Justiça essa que deve observar o postulado normativo da dignidade da pessoa humana, bem como os mandamentos de otimização da Constituição, – os direitos fundamentais - nos costumes, na moral e na lei.

Percebe-se que para a aferição correta do justo, tudo aquilo que fundamenta a sociedade merece ser levado em consideração pelo intérprete, haja vista que o justo, ou a justiça é para garantir a segurança da sociedade.

A concepção de justiça social é a busca de um equilíbrio. O Direito em todas as suas esferas busca pela idealização de promover o justo, embora, atualmente, esse ideal figura, na maioria das vezes, no plano teórico, o direito, ao regular a vida em sociedade, ao estabelecer, direitos, deveres e garantias, é pautado nesse objetivo.

Para tanto, é essencial que se crie mecanismos capazes de assegurar a previsão já estabelecida.

Uma decisão injusta, uma ponderação errônea, um sistema que prima por uma segurança jurídica sem observar os ditames da justiça social, gera desigualdade no meio social, e a luta da sociedade é justamente se ater à uma sociedade igualitária. Percebe-se que a verdade da lei, não é capaz por si só de estabelecer justiça, tampouco segurança social, especialmente, se tratando de um sistema jurídico lacunoso e conflitante.

O instituto reconhece esse axioma e se adequa a ele na busca da efetivação de direitos, no intento de promovê-los de um plano teórico para sua devida aplicabilidade.

Um sistema que prima pela prevalência da impunidade do agente, em razão de violações de direito, deste, é no mínimo, inaceitável perante a segurança jurídica social, pois assim, o ordenamento está fomentando a própria prática delituosa, indo contrariamente contra os ditames de justiça da sociedade, para qual o direito é destinado.

Nesse diapasão, Fernando Capez (2012, p. 370), ilustra:

Quando o conflito se estabelecer entre a garantia do sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos. Suponhamos uma carta apreendida ilícitamente, que seria dirigida ao chefe de uma poderosa rede de narcotráfico internacional, com extensas ramificações com o crime organizado. Seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se serve para planejar crimes, do que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, que ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente não.

Nota-se que os ditames da justiça, bem como o da segurança jurídica social, não se atém, à protocolos e regras pré-determinadas que visam a segurança jurídica da lei, que, se demonstra absoluta, contrária a efetivação de direitos, desconsiderando os valores sociais, morais e políticos envoltos no tema.

A sociedade opta por uma decisão que prime pela segurança social e, que demonstre a seriedade do Poder Judiciário para efetivar o direito conferido pela Constituição, que se de fato fossem observados, levaria ao alcance de uma sociedade muito mais justa.

Portanto, o intérprete, não pode se olvidar de se pautar nos parâmetros de justiça socialmente pretendidos ao se deparar com colisão de direitos fundamentais, ainda que essa colisão reflita na violação de um direito que ocasionou a obtenção de uma prova ilícita.

Demonstradas, portanto, as bases que lideram o neoconstitucionalismo, fica comprovado, por fim, a fidedignidade do sistema para com a efetivação dos direitos fundamentais e a adequação do sistema, diante dos casos mais complexos da vida.

Admitindo os doutrinadores constitucionalistas que os direitos não são absolutos, a regra da ponderação comporta de forma plausível quando um direito maior estiver em voga.

Cabendo inadmissão somente àquele que, em nome do princípio da proporcionalidade, intentar em promover a banalização. Contudo, a ideia primordial é a aplicação de justiça de acordo com os ditames sociais envolvidos.

Conclui-se que a eficácia da segurança jurídica do ordenamento é justificada pelo neoconstitucionalismo, sendo esta observada de forma panorâmica, atendendo, inclusive a segurança social. Fato esse que legitima o instituto e se sobrepõe às críticas apresentadas.

6 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, observa-se que o neoconstitucionalismo se apresenta como nova teoria do direito, propondo a normatização da Constituição, a máxima dos princípios constitucionais que resulta na efetivação dos direitos tutelados. Para tanto, adentra-se ao campo do positivismo jurídico, que, por razões óbvias de incompatibilidade, decorrentes das bases difundidas pelo instituto propõe a superação do positivismo para, então, adentrar à um sistema que se preocupa em promover justiça de maneira real e não apenas utópica, como a que vem sendo demonstrada pelo positivismo jurídico, tendo em vista que esta visa um arcabouço de regras que, uma vez esbarrada na segurança jurídica do sistema, admite a efetivação de uma decisão injusta, sem se ater aos ditames de justiça social, desconsiderando, contudo, a finalidade do direito ao regular a vida em sociedade.

Concluimos no segundo capítulo que, o sistema jurídico atual, ainda que regule o máximo de situações que se possa vislumbrar, nunca será suficiente, pois a sociedade está em constante transformação, sendo assim, ao passo dessa evolução, vão surgindo situações novas que merecem ser reguladas, com o fim de propor a devida proteção.

Diante de tais situações, o intérprete, em observância ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, deve se propor à análise do caso concreto e a promoção de uma decisão justa, que atenda aos reclames da sociedade. Ocasão essa que o ordenamento deve se adequar e conciliar a realidade fática aos parâmetros instituídos pela Constituição.

O neoconstitucionalismo se mostra flexível para se adequar a toda e qualquer situação que fuja da previsibilidade do legislador, se desdobrando, no instituto que convém denominar de: neopositivismo. Por se tratar de uma nova fórmula de compreensão e interpretação do direito, diversa daquele proposto pelo positivismo jurídico, se desdobra o instituto em mais uma técnica para fomentar a proposta do neoconstitucionalismo.

Ainda no segundo capítulo, tratamos da definição terminológica do instituto e da sua íntima relação entre direito e moral, duas críticas apresentadas pelos críticos juspositivistas. Crítica essa que vencemos, tendo em vista que a dissociação entre direito e moral não prospera, uma vez que a criação do direito

para regular a sociedade, se pauta num juízo de moral condicionante ao ideal de justiça.

Ressalta-se ainda que para haver um equilíbrio entre a sociedade e o ordenamento, este último deve se ater aos preceitos da moralidade.

Quanto a terminologia, como ficou evidenciado, embora as críticas existentes, esta é a mais adequada, pois como se trata de uma nova teoria pautada numa Constituição já existente, se faz necessária uma distinção, em razão das bases da nova dogmática.

A proposta se preocupou em apresentar a crítica ferrenha, não só daqueles que primam pelo positivismo garantista, mas da doutrina majoritária, acerca dos fenômenos que se originam, a partir, de uma tentativa de efetivação de direitos, partindo do juízo de interpretação. O famigerado protagonismo judiciário protagonizado pelo pan-principiológico ou oba-oba principiológico.

Demonstrou a presente pesquisa que o neoconstitucionalismo, não se coaduna com a ideia de um protagonismo judiciário desmedido, mas comprova que o neoconstitucionalismo repousa na protagonização do intérprete, frente aos imbróglios presentes no meio social que merecem a devida solução, observando as técnicas que legitimam essa atuação, sem, contudo, descaracterizar a função dos princípios, utilizando-os de forma equivocada – como coringa para todas as decisões, ferindo assim o dever de fundamentação das decisões judiciais - como se tem presenciado, desvirtuando a dogmática apresentada.

No entanto, a disfunção da atividade jurisdicional, é ocasionada porque os parâmetros do Constitucionalismo Garantista, limitam a atuação do poder judiciário, uma vez que o Constitucionalismo atuante não possui as mesmas bases do neoconstitucionalismo para legitimar as medidas adotadas e que são necessárias.

Chegamos ao quarto capítulo, tratando da estrutura do sistema ocasionada pela supremacia dos princípios. Tendo o neoconstitucionalismo como função basilar a normatização da Constituição, os princípios assumem o papel regulador no ordenamento, mas em razão da sua natureza aberta necessita das técnicas desenvolvidas pela proporcionalidade e razoabilidade, que serão utilizadas pelo intérprete, ao se deparar com a colisão de direitos fundamentais, para que se afira decisão justa, capaz de efetivar direitos e alcançar os preceitos difundidos pelo neoconstitucionalismo.

As submáximas da proporcionalidade, desenvolvidas por Robert Alexy, estabelecem os critérios que o intérprete deverá percorrer, enquanto julgador de um conflito de interesses que, retrate a colisão de direitos fundamentais, para inibir qualquer decisão que se pautar em decisionismo ou intuicionismo.

Salienta-se que o neoconstitucionalismo se respalda em mecanismos complacentes que legitimam e estruturam o instituto, sem, contudo, deixar de observar a segurança jurídica do ordenamento tanto quanto a segurança social.

O quinto e último capítulo, se propôs à aplicação de toda a estrutura apresentada na legitimação do uso da prova ilícita. O Judiciário ao se deparar no processo com uma prova ilícita, sendo esta, o único meio de prova existente para comprovar a materialidade e autoria da conduta criminosa que violou um direito fundamental maior, ao se pautar no juízo de ponderação, deve o direito maior se sobrepor, em razão da reprovabilidade da conduta gerada na sociedade. Uma vez que a decisão deve se ater aos ditames de justiça idealizados pela sociedade, é indispensável que o intérprete reconheça essa prova, a fim de chegar ao resultado pretendido, a exposição da verdade real para a efetivação do direito violado.

Repise-se que a interpretação/ponderação, bem como a decisão deve se ater aos mecanismos disponibilizados pelo neoconstitucionalismo para alcançar a finalidade pretendida, qual seja, a efetivação de direitos e a promoção do justo.

Em suma, conclui-se que um sistema jurídico que observe somente a segurança jurídica normativa é falha. Como mencionado ao decorrer da defesa, a verdade da lei não traz a verdade do justo. O direito deve se pautar nessa realidade, porque se assim não fosse, para que serviria o direito?

Um sistema que tire a utopia pretendida pelo atual, em que tudo prevê, mas na colisão opta por uma segurança em detrimento da efetivação, é de fato inovador.

Evidencie-se que não há que se falar em um sistema perfeito, livre de falhas, mas a proposta e os mecanismos demonstrados nos permite acreditar num sistema jurídico, genuíno, fidedigno e autêntico, que prima pela segurança social, tanto quanto a jurídica, e luta para efetivar os direitos altamente tutelados pela Constituição, a partir de uma violação agressiva.

É esse o sistema idealizado pela sociedade brasileira, pois é o sistema que gera confiança no indivíduo, quando este se vê diante de uma situação em que

o Judiciário deve ser acionado. Esse é o sistema proposto pelo Neoconstitucionalismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Ed. Almedina, 1987.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 1 ed. Barcelona: Ariel, 2001.

ÁVILA, Humberto. “**Neoconstitucionalismo**”: Entre a “**ciência do direito**” e o “**direito da ciência**”. Disponível em: <http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>. Acesso em 17/04/2017.

_____. **TEORIA DOS PRINCÍPIOS da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA, Evandro. **Direito e Mora em Kant**: Sobre sua relação e seus pressupostos básicos. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/3481#preview>. Acesso em 21/04/2017.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Judicialização, ativismo judiciário e legitimidade democrática**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Conjur - Consultor Jurídico. 26 abr. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil>. Acesso em 10/09/2017

BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 1 ed. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. “**Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo**”. El positivismo jurídico a examen: estudios em homenaje a José Delgado, Universidad de Salamanca, 2006.

BETIOLI, Antonio Bento. **Curso de Filosofia do Direito: conceito fundamento e método**. 1 ed. São Paulo: LTr, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 1 ed. São Paulo: Edipro, 2011.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para Resolução do Conflito entre Direitos Fundamentais**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 21 ed. São Paulo. Atlas, 2012.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário**. 2 ed. São Paulo: RT, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARBONEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005.

_____. **Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos**. 1 ed. Madrid - Espanha: Trotta, 2007

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. 1 ed. São Paulo. Editora Lejus, 2000.

COMANDUCCI, Paolo. **“Formas de neoconstitucionalismo(s): um análisis metateórico**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007

_____. **Código Civil anotado**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DORADO PORRAS, Javier. **Iusnaturalismo y positivismo jurídico: una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo**. 1 ed. Madrid: Dykinson, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. 1 ed. Barcelona: Ariel, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritti Fondamentali: um dibattito teórico**. 2 ed. Roma-Bari: Laterza, 2002.

_____. **Garantismo Hermenêutica e (neo) constitucionalismo**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo**. Luigi Ferrajoli / Trad. André Karam Trindade. In: IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. 9, 2010, Curitiba. Anais IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba: ABDConst, 2010. p. 95-113. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>. Acesso em 20/04/2017.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A Interpretação Constitucional e o Princípio da Proporcionalidade**. 1 ed. São Paulo. RCS Editora, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **"A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal"**. 1 ed. São Paulo: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1992.

HERVADA, Javier. **O que é o direito?** 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. 3 ed. Madrid: Tecnos, 1999.

KELSEN, Hans. **A ilusão da Justiça**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MARINONE, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 1 ed. São Paulo: RT, 2006.

MATTEUCCI, Nicola. **" Positivismo giuridico e costituzionalismo"**, vol. 17. in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1963.

MOLLER, Max: **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 8 ed. São Paulo. Atlas, 2012.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **EL constitucionalismo de principios ¿ entre el positivismo y el iusnaturalimo?** Anuario de filosofia del derecho, XIII, 1996.

_____. **Ley, principios, derechos**. Cuadernos "Bartolome de las Casas" n. 7. 1 ed. Madrid: Dykinson, 1998.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 29 ed. São Paulo. Saraiva, 2005.

SANTAMARIA IBEAS, J. Javier. **Los valores superiores em jurisprudencia del Tribunal Constitucional: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político**. 1 ed. Madrid: Dykinson, 1997.

SANTIAGO NINO, Carlos. **Introducción al análisis del Derecho**. 1 ed. Barcelona: Ariel, 1987.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas**. 6 ed. São Paulo. Editora Atlas, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da Constituição dirigente adequada a países da modernidade tardia.** Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Vol. 2. Out, 2002.

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011

_____. **Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico,** v. 1 / Lenio Luiz Streck. –2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil.** Volume 8. Revista Novos Estudos Jurídicos. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>. Acesso em: 21/04/2017..

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil.** 8 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008.